نموذج ترخيص

أنا الطالب : أماني عزمي طه أبو عرقوب أمنح الجامعة الأردنية و / أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و / أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراة المقدمة من قبلي وعنوانها.

"وسائل ضبط التوازن المالي في عقد الاستغلال الدولي" "دراسة مقارنة"

وذلك لغايات البحث العلمي و/ أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و/ أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: أماني عزمي طه أبو عرقوب

التوقيع:

التاريخ: ٨ / ١ / ٢٠١٦م

وسائل حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال الدولي

" دراسة مقارنة "

إعداد

أماني عزمي ابو عرقوب

المشرف

الاستاذ الدكتور مصلح ممدوح الصرايرة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في

القانون العام

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون أول، 2017

ب

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة بعنوان : **(وسائل حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال الدولي (دراسة مقارنة)).**

وأجيزت بتاريخ 2017/12/20.

الأستاذ الدكتور / مصلح ممدوح الصرايرة........................ مشرفاً ....

أستاذ / القانون الإداري

الأستاذ الدكتور / لينه عبدالله شبيب.............عضواً.....................

أستاذ مشارك / القانون الإداري

الدكتور / وليد سعود القاضي .... عضواً ....

أستاذ مشارك / القانون الإداري

الأستاذ الدكتور / محمد علي الخلايلة .... عضواً خارجياً ....

أستاذ / القانون الإداري (جامعة آل البيت).



الاهداء

إلى أرواح الشهداء الذين روو بدمائهم اراضي الوطن .....

إلى روح أمي ، التي ضمتها الارض ......

إلى والدي والى كل ذرة عرق تسقط من جبينه الغالي ليوفر لنا الحياة الكريمة .....

إلى خواتي نسمات الحياة ...... إلى عائلتي سندي ودعمي .

الى أساتذتي وكل من قدم لي الدعم من بداية حياتي حتى وصلت إلى هنا .

إلى صديقاتي أخواتي التي لم تلدهن أمي ...

الشكر والتقدير

أتقدم بشكري وتقديري إلى مشرفي الأستاذ الدكتور مصلح الصرايرة و الى جميع أعضاء لجنة المناقشة على المجهود الذي بذلوه من أجل إخراج هذه الأطروحة بالصورة الى التي خرجت بها .

كما أتقدم بكامل شكري وتقديري لمن ساعدني في اتمام هذه الاطروحة من زملائي بالعمل وشركائي في النجاح وخصوصا الأستاذ سهيل عاشور ، و أهلي وأصدقائي .

فهرس المحتويات

"وسائل حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال الدولي " دراسة مقارنة "

إعداد

أماني عزمي طه أبوعرقوب

المشرف

الاستاذ الدكتور مصلح ممدوح الصرايرة

الملخص

تناولت الدراسة وسائل حفظ التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية ،حيث بات واضح الدور الذي تلعبه عقود الأشغال العامة في مجال التنمية الشاملة للدول ، و ما تساهم به في الناتج القومي ، والنهضة الاقتصادية ، وتعتبر دراسة عقود الاشغال الدولية وما يتعلق بها من أحكام وما ينشأ عنها من منازعات جديدة على الواقع الفلسطيني والدول النامية ، كما أن المنازعات في هذه العقود في غالبها تتمثل في اختلال التوازن المالي للعقد، حيث من المعلوم أن أحد اطراف هذه العقود تكون الإدارة التي تتمتع بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها ، تتمثل في مراقبة التنفيذ وايقاع الجزاءات، وإنهاء العقد بارادة منفردة، وأثناء ذلك قد تتجاوز الادارة حدود سلطاتها ، كما أنه قد تحدث حوادث طارئة واستثنائية خارجة عن ارادة المتعاقدين قد تؤدي الى اخلال التوان المالي للعقد .

لذا فإن هذه الدراسة قد تناولت كيفية المحافظة على هذا التوازن ، والوسائل التي يمكن من خلالها حفظ واعادة هذا التوازن للعقد . سواء كان اخلال هذا التوازن ناتج عن سوء استخدام الادارة لسلطاتها ، ام بسبب الظروف الاستثنائية .

وخلصت الدراسة الى عدد من النتائج والتوصيات تمثلت في بيان أهم وسائل حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية سواء كانت مالية أو غير مالية كما توصلت الى أن أهم وسيلة مالية هي التأمينات ، كما توصلت الدراسة إلى الدور الكبير الذي يلعبه التحكيم في إعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية ، الأمر الذي يوجب الاهتمام بهذه العقود من حيث صياغتها، وبنودها الاتفاقية ، وبيان المخاطر المتوقعة و حلولها ، وتعين طرق فض المنازعات فيها ، بطريقة يمكن معها حفظ التوازن المالي للعقد .

المقدمة

تلعب الأشغال الدولية دوراً هاماً في مجال التنمية الشاملة في جميع الدول المتقدمة والنامية كذلك، فهي تساهم بشكل كبير في الناتج الإجمالي، كما أنها توفر فرص عمل كثيرة، إضافة إلى أنها تعتبر أداة للنهوض بالدول من خلال بناء المرافق العامة، حيث أنها تنهض بمشروعات البنية التحتية الأساسية، وعلى الرغم من الأهمية العظمى لهذه العقود، إلا أن هناك قلة في الدراسات حول هذا الموضوع، وأن أغلب الدراسات انصبت على عقد الأشغال المحلي دون العقد الدولي.

وحيث إن إبرام مثل هذه العقود يجعل مشكلة التوازن المالي للعقد تطفو على السطح، فما المقصود بالتوازن المالي للعقد؟

يقصد بالتوازن المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات أطراف العقد وقت إبرام العقد قد نشأت بطريقة جعلتها متوازنة مالياً، ونتيجة الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد حتى تمام تنفيذ العقد.

ويترتب على هذا الأمر إذا حدثت زيادة أو خفض في أداء معين بالضرورة أمر يستوجب أن تنفذ أداة الطرف الآخر في الاتجاه الذي يحتفظ معه ذلك التوازن المالي للعقد أو لا يسري ما تقدم إذا كان الاخلال بسيطاً او كان متوقعا وقت إبرام العقد.

وتكمن الأهمية الكبيرة للبحث في مجال التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية في الأهمية العملية وكذلك الاهمية العلمية والتي تتمثل في أن فكرة استخدام هذه العقود أصبح واقعا ملموساً في حياة الدول. اضافة إلى وجود عقود كثيرة من هذا النوع في الحياة العملية، فتوجد عقود إنشاء شبكات طرق وأنفاق وسكك حديدية، ومطارات وموانئ وغيرها من الأنواع الكثيرة في الحياة العملية.

كما أن لدراسة هذا الموضوع أهمية من الناحية العلمية تتمثل في كيفية تحقيق التوازن المالي في هذه العقود سواء أكان تحقيق هذا التوازن باتفاق الأطراف أو بواسطة أحكام التحكيم أو القضاء بواسطة ادوات أو وسائل منها ما هو مباشر ومنها ما هو غير مباشر، أضف الى أن الأهمية العلمية تمتد الى دراسة مدى نجاعة هذه الأدوات في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية ؟، وهل تعتبر هذه الوسائل مكملة لبعضها في حفظ التوان المالي لمثل هذه العقود، كما أن الدولة أحد اطراف هذا العقد وهي صاحبة سيادة، ولها صلاحيات وسلطات لا يتمتع بها الافراد العاديين، فهل يمكن تحقيق التوازن المالي للعقد مع هذه السلطات والصلاحيات الممنوحة لها؟.

أهداف الدراسة :

1_ معرفة مفهوم ومعايير عقود الاشغال الدولي.

2_ معرفة مفهوم التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي والهدف من تحقيقه للعقد .

3_ معرفة الطرق التي من خلالها يتم تحقيق التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي .

4_ معرفة دور خطابات الضمات والتأمينات في حفظ التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي.

5_ معرفة دور القانون الاداري والقانون الخاص في حفظ التوازن المالي للعقد الأشغال الدولي .

6_ معرفة أثر نظريات القانون الإداري (نظرية الظروف الطارئة ، نظرية عمل الامير ، نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة) في تحقيق التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي.

7 _ معرفة دور احكام القضاء في حفظ التوان المالي لعقد الأشغال الدولي.

8_ معرفة دور التحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات في اعادة التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي .

9_ معرفة أهم السوابق القضائية في اعادة التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي .

10_ معرفة أهم أحكام التحكيم في إعادة التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي .

أهم الصعوبات التي واجهت الباحث

- قلة اللجوء إلى القضاء في إعادة التوازن المالي وخصوصاً في فلسطين، حيث إن القضاء الفلسطيني يعتبر قضاءً حديثاً نسبياً بالنسبة لقضاء الدول المجاورة، فإنه لا يوجد سوابق قضائية في هذا الموضوع، الأمر الذي حدا بي إلى اللجوء إلى الطرق البديلة الأخرى التي تمت لحل المشكلات والمنازعات التي طرأت نتيجة هذا العقد، كما أن اختصاص مثل هذه العقود في فلسطين يدخل ضمن ولاية القضاء العادي وليس الإداري كما في الدول الأخرى، أضف الى ذلك أن كثرة النماذج الموضوعة سلفاً لهذه العقود على الصعيد الدولي مثل عقد الفيدك بإصداراته المختلفة يخلق مشكلة أثناء دراسة حفظ التوازن المالي لهذه العقود.

- كذلك إن انعدام المتخصصين في صياغة نماذج هذه العقود الأمر الذي أدى إلى ظهور مشاكل معقدة أثناء تنفيذ هذه العقود تلقي بظلالها على هذه العقود، وعلى كيفية معالجة مشكلاتها .
- طبيعة هذه العقود المعقدة والتي ممكن أن تتضمن مقاولين من الباطن وكذلك تعدد أطرافها من مهندس استشاري ورب العمل والمقاول وكذلك مقاولي الباطن.
- الامتيازات التي تتمتع بها الدولة بهذه العقود والمشاكل التي تثور في حفظ التوازن المالي نتيجة هذه الامتيازات. وإضافة إلى رغبة الطرف الأجنبي في أن تكون الدولة طرفاً عادياً في هذا العقد، وليس بصفتها صاحبة سلطة وسيادة.
- الاستمرار الزمني لهذه العقود الأمر الذي يثير صعوبات اقتصادية أو سياسية أو مالية أثناء التنفيذ.
- لجوء هذه العقود لحل النزاعات المتعلقة بها إلى طرق الحل البديلة عن القضاء مثل التحكيم والواسطة والتوفيق، هذا الأمر جعل من البحث في الاحكام الصادرة عن القضاء فيها قليلة جدا وذات صعوبة كبيرة.

مشكلة الدراسة

وإن هذه الدراسة ما هي إلا إجابة على الأسئلة التالية:

كيف يتم حفظ التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية منذ لحظة إبرامه وحتى تمام تنفيذه وفقا للقضاء الفلسطيني والقضاء المقارن؟ وماهي الوسائل التي تساهم في حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية ؟ ومدى أهمية الدور التي تقوم به هذه الوسائل؟

منهج الدراسة :

لقد اتبعت منجهاً للدراسة من ثلاثة محاور:

المحور الأول: هو المنهج المقارن، حيث لا يقتصر البحث على تناول الموضوع في ظل قانوني وقضائي واحد، وإنما تناولته من خلال العديد من الأنظمة القانونية والقضائية الفلسطينية والأردنية والمقارنة مثل المصري والفرنسي.

المحور الثاني: وهو المنهج التأصيلي، ففي هذه الدراسة سوف نتطرق للنظرية العامة للعقود، حيث أن عقود الأشغال الدولية ما هي إلا عقود أشغال عادية بطبيعتها، ولكن ما يميزها الصفة الدولية التي تجعلها تخرج عن فلك النظرية العامة للعقود، فمبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من مبدأ الحرية التعاقدية هو الاساس للسماح لأطراف العقد في تحقيق التوازن المالي في العقد بإرادتهم ورضاهم.

المحور الثالث: وهو المنهج التحليلي، حيث أن البحث يقوم على تحليل كل جزئية من جزئياته في القوانين المقارنة، وكذلك بنود عقد الفيدك، وعرض الآراء الفقهية، وموقف القضاء الوطني والتحكيم الدولي من هذه الجزئيات.

الدراسات السابقة:

بالنسبة للدراسات السابقة في هذا الموضوع فإن الدراسات التي تخصصت في هذا المجال اما كانت دراسات في القانون المصري والفرنسي أو أنها عبارة عن أبحاث منشورة في هذا المجال لا ترقى لأن تكون اطروحة دكتوراه وسوف نعرض وفقا للآتي:

_ دراسة بعنوان **التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية**، للحبشي، مصطفى عبد المحسن، القاهرة،2002، بدون دار نشر. وقد استعرضت هذه الدراسة التوازن المالي في عقود الفيدك، في جميع مراحل العقد، الا أن هذه الدراسة ناقشت التوازن المالي في القانون المصري والقضاء المصري. كما أن هذه الدراسة لم تتطرق الى وسائل لحفظ التوازن المالي بشكل مفصل انما تناولت بعض هذه الوسائل بشكل سريع ، وان دراستنا تمركزت في ظل القانون الفلسطيني والاردني مقارنة مع القانون المصري والفرنسي .

_ دراسة بعنوان **"التوازن المالي في العقد الإداري الدولي" الفيدك ، اليونسترال** دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2010، للمصري، حازم بيومي. والذي تناولت شرح للتوازن المالي لعقد الفيدك وتناولت **دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد**، ولم تتناول وسائل حفظ التوازن المالي الأخرى غير القضاء ، كما أن هذه الدراسة كسابقتها تناولت الموضوع في ظل القانون والقضاء المصري. أما درستنا فقط تمت في ظل القانون الفلسطيني والاردني .

_ دراسة بعنوان دور البنوك في تمويل قطاع المقاولاتية، رسالة ماجستير نوقشت في جامعة محمد خضير، الجزائر، 2016، عولمي، عفاف. وهذه الدراسة تناولت دور البنوك في دعم قطاع المقاولاتية فقط كأحد وسائل حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية دون غيرها من الوسائل الاخرة ، وإن دراستنا تم من خلالها دراسة جميع الوسائل التي ممكن من خلالها حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية .

_ دراسة بعنوان، دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري، حتاملة، سليم سلامة، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، مجلد 39، عدد 33، 2015. تناولت دور التحكيم في

اعادة التوازن المالي للعقد الاداري بشكل عام ولم تولي أهمية لعقد الفيدك، بعكس دراستنا التي تمحورت حول عقد الفيدك .

خطة الدراسة

ولقد تم تقسيم الدراسة وفق الآتي :

فصل تمهيدي بعنوان **مفهوم التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية**

استعرضنا من خلاله الى مفهوم عقود الأشغال الدولية، والى مفهوم التوازن المالي في هذه العقود، من خلال مبحثين .

الفصل الأول بعنوان دور الضمانات المالية في المساهمة في حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال الدولية. من خلاله تعرضنا الى دور الضمانات الحكومية المالية ودور المؤسسات المالية في المساهمة في حفظ التوازن المالي للعقد، وكذلك دور الضمانات الادارية والتأمينات في المساهمة في حفظ التوازن المالي. من خلال دراسة اعتمادات الموازنة وكذلك دور التمويل الخارجي وايضا تعرضنا الى دور الضمانات الادارية من غرامات التأخير الحسميات وكذلك التعويض في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية. كما اننا تطرقنا الى التأمينات المفروضة في عقود الفيدك ودورها في اعادة هذا التوازن المالي للعقد.

الفصل الثاني دور القضاء والوسائل البديلة لفض المنازعات في إعادة التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي.استعرضنا من خلاله دور القضاء والوسائل البديلة لحل النزاعات في عقود الاشغال الدولية.

ومن ثم عرضنا النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة.

الفصل التمهيدي

مفهوم التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية

على الرغم من أهمية الدور الذي تقوم به عقود الأشغال الدولية في جميع مجالات الدولة ، الان التشريعات لم توجه اليها عناية خاصة ، فظلت هذه العقود في عداد العقود غير المسماة ، حيث أنها لم تحظى بتنظيم خاص ، وهذا هو تلك العقود سواء في مجال التشريعات الوطنية أو في المجال الدولي ، فعلى المستوى الدولي لم تهتم منظمة دولية بوضع تنظيم شامل لأحكام هذه العقود وافراغها في اتفاقية دولية ، كغيرها من العقود الدولية الأخرى مثل عقد البيع وعقد النقل ، وغن كانت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة اليونسترال قد وضعت دليلاً يشتمل على مجموعة ارشادات ليستعين بها ذوو الشأن في تحرير عقود التشييد ، كما أن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين " FIDIC " قد وضع مجموعة من قواعد لعقد الهندسة المدنية ، الا أن

هذه الوثائق لا تعالج عقود الأشغال الدولية بكافة انواعها ، إنما اقتصرت على على بعض الجوانب الفنية لهذه العقود ، هذا فضلاً عن أن هذه الوثائق _ باستثناء دليل اليونسترال لم تلتزم بالحيدة بين مصلحة المقاول ومصلحة رب العمل إنما تميل لتغليب الأولى على الثانية ، وهذا ما لا ترضاه الدول والتي تكون بموقع رب العمل [1]. وبناء على ما تقدم فقد أصبح الإتفاق هو المصدر القانوني الأول لهذه العقود ، وانه مع الغياب التشريعي على المستوى الوطني والدولي - الا أن اصبح الامر مجرد اجتهاد من جانب الفقه والقضاء ، من هنا اختلفت الآراء وتشعبت ، الا أن هذه العقود ونظرا لأهميتها فإنها بحاجة الى الدراسة.

و حتى يتسنى لنا دراسة التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية ووسائل تحقيق هذا التوازن فإنه لابد لنا من بيان مفهوم هذه العقود وبيان خصائصها ومعاييرها، وكذلك لابد لنا من بيان مفهوم التوازن المالي للعقد، ومفهومه في مثل هذه العقود، لذا قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول مفهوم ومعايير عقود الأشغال الدولية واستعرضنا خلاله مفهوم هذه العقود وخصائصها ومعايير دوليتها. أما المبحث الثاني مفهوم التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية، ومن خلاله قمت بتحديد مفهوم التوازن المالي في العقد بصفة عامة، واستعرضت مفهوم التوازن المالي في العقد، ونشأة فكرة التوازن المالي للعقد وتطورها.

---

[1] شفيق، د. محسن، **تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد و المنشآت الصناعية**، محاضرة ألقيت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، نوفمبر 1990، ص4.

المبحث الأول

مفهوم ومعايير عقود الأشغال الدولية

تتضمن خطة التنمية في كل دولة النهوض بمشروعات بعضها يتمثل في تشييد أعمال البناء أو العقارات سواء تمثلت في بناء بسيط أو بناء مركب مثل الفنادق الي تسلم على هيئة تسليم مفتاح ويعضها يتمثل في مشروعات الهندسة المدنية مثل اقامة الجسور والأنفاق ، وهناك العديد من المشروعات الأخرى مثل المشروعات الصناعية والنووية وشبكات الاتصالات ، [2]كما أن هذه العقود تتنوع من حيث أنواعها وصورها حيث انها يمكن تقسمها وتنوعها وفقا لمعايير مختلفة من الثمن ووحدات القياس وغير من الانواع أضف إلى ذلك أن الفقه اختلف حول اعطاء تعريف ومفهوم واضح لهذه العقود نظرا للغياب التشريع والطبيعة الخاصة التي تتمتع بها هذه العقود ، كما لما تتمتع به هذه العقود من خصائص تميزها عن غيرها من العقود ، لذا من خلال هذا المبحث سوف نعرض مفهوم عقود الأشغال الدولية وتقسيماتها وخصائصها والصبغة القانونية لعقود الأشغال الدولية وفق الآتي:

المطلب الأول

مفهوم عقود الأشغال الدولية وصورها

إن النهوض بالدول يحتاج إلى قيام هذه الدول بمشروعات التشييد والبناء الكثيرة، سواء كان ذلك بشق الطرق أو إقامة الجسور أو السكك الحديدية والأنفاق والفنادق وغيرها، وهناك أيضاً مشروعات كيميائية وتشييدات ميكانيكية وكهربائية.[(3)] وأن جميع المشروعات والعقود هذه يطلق عليها اصطلاح "عقود الأشغال الدولية"؛ وذلك لكون الأشغال في حد ذاتها ليست عنصراً دولياً إلا أن العملية التي تتم وتنفذ الأشغال من خلالها هي التي تتسم بالدولية، أما بالنسبة لكون الاصطلاح استخدم صيغة الجمع وليس صيغة المفرد أي انه استخدم مصطلح عقود وليس عقد؛ راجع إلى أن عقود الأشغال الدولية لا تبرم ولا تنفذ من خلال عقد واحد فقط، وإنما من خلال عدة عقود تصدر بأشكال متعددة.

وتعتبر عقود الأشغال الدولية عقودا على درجة كبيرة من الأهمية من حيث قيمتها الكبيرة، فمعظم هذه العقود من المقاولات الضخمة، ويدخل ضمن هذه المشروعات عقود كثيرة منها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وكذلك عقود التشييد الدولية والعقود الهندسية المدنية، والعقود الدولية

---

[22] شفيق، د. محسن، **تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد و المنشآت الصناعية**، محاضرة ألقيت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، نوفمبر 1990، ص4

[(3)] مطاوع ،أحمد حسان حافظ، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 2007، ص64

للأشغال العامة، والعقود الاقتصادية الدولية.[4] وتتميز أعمال التشييد والبناء بأن تنفيذها يستغرق مدة طويلة وقد تحتاج إلى أكثر من عقد، وقد يتم ذلك في صورة عقود منفصلة أو سلسلة من العقود أ ذو مجموعة من العقود بين أكثر من طرف محلي وأجنبي، وأكثر من تخصص فني. ويتم تخصيص رؤوس أموال طائلة لها، وتشارك العديد من المؤسسات المالية الوطنية والدولية في تمويلها. ولا يتم التوقيع عليها في الغالب إلا بعد الدخول في مفاوضات طويلة ودقيقة بين أطرافها؛ للوصول إلى أفضل السبل للاتفاق على هذه العقود، وإذا تم الاتفاق يكون هذا الاتفاق هو القانون الذي يستند إليه الأطراف في حال حدوث أي نزاع في هذا العقد.[5]

وحيث أن تحديد مفهوم عقود الأشغال الدولية هو عنصر اساسي في الدراسة ، وحتى نستطيع أن نمييزها عن غيرها من العقود والمصطلحات ،فإنه لا بد لنا من الاجابة على الاسئلة التالية ما المقصود بعقود الأشغال الدولية؟ وما هي تقسيماتها؟ وكذلك بماذا تمتاز عقود الأشغال الدولية؟ وما هي الصيغ القانونية لمثل هذه العقود؟ في هذا المبحث سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة، من خلال المطالب التالية:

- **الفرع الأول:** التعريف بعقود الأشغال الدولية ومعيار الدولية.
- **الفرع الثاني:** تقسيمات عقود الأشغال الدولية.
- **الفرع الثالث:** خصائص عقود الأشغال الدولية.
- **الفرع الرابع:** الصيغة القانونية لعقود الأشغال الدولية.

---

[4] علوان، د. محمد يوسف، **الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية**، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العددان الحادي عشر والثاني عشر، السنة الرابعة والعشرون، 1976- 1696 وما بعدها.

[5] الحداد ، د. حفيظة السيد، **العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية**، دار الفكر الجامعية، الاسكندرية، 2001، ص 8_22 .

الفرع الأول: التعريف بعقود الأشغال الدولية ومعيار الدولية

لقد ذكرنا سابقاً أهمية عقود الأشغال الدولية ودورها في تنمية الدول ، والاصطلاحات المختلفة التي ممكن للفقه استخدمها لمثل هذه العقود، سوف نحاول في هذا الفرع دراسة ماهية عقود الأشغال الدولية، وكذلك بيان مفهوم الاصطلاحات والمفاهيم التي يستخدمها الفقه والهيئات الدولية المختصة في هذا المجال، وأيضا تحديد دولية هذه العقود. وذلك من خلال الآتي :

أولاً: التعريف بعقود الأشغال الدولية

يوجد خلاف بين الفقهاء حول تعريف محدد لعقود الأشغال الدولية، وهذا يرجعه الفقه إلى عدة أسباب تتلخص بما يلي:

أولاً: رغم الأهمية العلمية والعملية لعقود الأشغال الدولية إلا أنه لا يوجد نظام قانوني أو تشريعي ينظمها سواءً على المستوى المحلي أو المجال الدولي[6]، كما أن جميع الدراسات الفقهية المتخصصة في مجال هذه العقود تعتبر نادرة، إضافة الى أن أحكام القضاء غير موجودة؛ وذلك نظراً لأن حل المنازعات المتعلقة بها يكون بواسطة التحكيم، وهذا ما يتم بالعادة بصورة سرية[7].

ثانياً: وجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة كطرف في هذه العقود، فغالباً ما تكون هذه العقود لصالح الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، الأمر الذي سبب مشاكل في تكييف هذه العقود، وحول طبيعة وجود الدولة كطرف في هذه العقود: هل باعتبارها سلطة عامة؟ ام أنها تكون على قدم المساواة مع الطرف الآخر؟[8].

مع الأخذ بعين الاعتبار إلى أن الدولة لا تكون دائما شخصاً من أشخاص القانون العام، وإنما اثناء تعاقدها مع الطرف الأجنبي في هذه العقود تكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص وذلك بالنظر الى طبيعة العقد، إلا أننا نرى أنه تم ايجاد عقد موحد من قبل اتحاد المهندسين الدوليين يسمى عقد الفيدك وحد الإجراءات والالتزامات لمثل هذه العقود وحدد التزامات أطرافه بغض النظر عن شخص المتعاقد هل الدولة بصفتها شخص من أشخاص القانون العام أم أنها أحد أشخاص القانون الخاص.

---

[6]شفيق، د. محسن، **تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد و المنشآت الصناعية**، محاضرة ألقيت بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، نوفمبر 1990، ص4.

[7]الغندور، د. احمد حسان، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،1998،ص 67 .

[8]منصور، د. محمد حسين، **العقود الادارية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص13.

ثالثاً: كثرة وتعدد صور العقود التي تبرم وتنفذ، فثمة صور عديدة منها ما يكون على شكل واحد أو سلسلة عقود[9]. وهذا الأمر أدى الى صعوبة إيجاد تعريف موحد وشامل يمكن أن يؤدي الغرض منه.

رابعا: إن تعقيد العملية الدولية للأشغال وترتيبها هو ما يميزها عن عملية الأشغال المحلية. ويظهر التعقيد من الناحية الفنية حيث يكون فيها أعمال بناء وأشغال هندسة مدنية أو مشروعات صناعية، وكذلك كثرة المتدخلين في هذا العقد من رب العمل والمقاول والمهندس الاستشاري والمعماري وغيرهم[10]. وهذا بدوره جعل من العقد يحتوى على قواعد قانونية والتزامات يصعب حصرها في تحديد شامل ووافٍ.

وقد عرفّ أحد الفقهاء عقود الاشغال الدولية بأنها:**"** العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني قد تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة أو طرف أجنبي، يتعهد بمقتضاه الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني، وقد يتمثل الأجر في حصة في مشروع مشترك يتقاسم أطراف العقد تكاليفه وتوزيع حصص أرباحه وخسائره**"**.[11]

وقد عرفها الفقه ايضا بأنها: **"**توافق ارادتي جهة الادارة، وأحد الاشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام، وتحقيقاً لمصلحة عامة، على نحو معين ولقاء ثمن معين**"**.[12]

ويمكن إيجاد تعريف لعقد الأشغال الدولي: **"**بأنه اتفاق بين طرفين هما الإدارة وشخص أجنبي خاص، من أجل القيام بتنفيذ أعمال تحتاج إلى خبرة فنية في مجالات هندسية أو تكنولوجية أو كيميائية، لصالح شخص معنوي عام، لقاء ثمن محدد، وخلال أجل محدد، ويكون الهدف منها المنفعة العامة**"**.

ومن خلال التعريف نجد أن عقود الأشغال الدولية، هي عقود دولية. وهذا يتطلب منا تحديد المعايير التي تتم بموجبها تدويل هذه العقود وهذا ما سنعالجه تحت عنوان معايير دولية عقود الأشغال الدولية وفق الاتي:

---

[9]الغندور، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، ص67 و مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، ص69.
[10]الحبشي، د. مصطفى عبد المحسن، **التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية**، القاهرة، 2002، بدون دار نشر، ص29.
[11]مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات** مرجع سابق، ص70 .
[12]منصور، **العقود الادارية**، مرجع سابق، ص10 .

ثانياً: معايير دولية عقود الأشغال

تمتاز عقود الاشغال العامة بالدولية لما لها من أهمية عملية كبيرة، فمن حيث يطبق عليها قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص وأحكام ونظم خاصة دون غيرها من العقود الداخلية، لذا فيجب بيان الصفة الدولية لعقد الأشغال الدولي وهذا يتطلب الى معيارين هما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي.

ومن خلال هذه المعايير يمكن تحديد الصفة الدولية لعقود الأشغال الدولية[13]، التي تحدد بالنظر إلى جميع العلاقات المرتبطة بهذه العقود، بحيث يتم تحديد دولية العلاقات الأصلية لهذه العقود، وأيضا تحديد دولية العلاقات الثانوية المرتبطة بها داخل عملية الأشغال العامة.

وعليه سوف نقوم بدراسة المعيارين المذكورين أعلاه وفق الآتي:

1) المعيار القانوني

سمي هذا المعيار بالمعيار القانوني لاتصال العقد وارتباطه بعناصر وروابط تخضع لأنظمة قانونية مختلفة، وهذا هو الاتجاه التقليدي لتحديد دولية العقد ويقابله الاتجاه القضائي.[14]

ويستند هذا الاتجاه إلى وجود عدة مؤشرات يمكن الاستدلال منها على دولية عقد الأشغال. فالعقد الدولي هو العقد الذي يرتبط بعناصر قانونية أجنبية مختلفة، مثل جنسية الأطراف، وكذلك مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه، واللغة التي كتب بها العقد، والعملة التي تستخدم في الوفاء بموجبه.

والسؤال الذي يجب الإجابة عنه: هل يلزم توافر جميع العناصر المذكورة أعلاه حتى يتم وصف العقد بأنه "عقد دولي" أم من الممكن اعتباره عقداً دولياً في حال توافر أحدها فحسب؟

يرى جانب من الفقه أنه يكفي توافر أي عنصر من هذه العناصر لإسباغ صفة الدولية على العقد، من جهة أخرى يرى جانب آخر من الفقه أن توافر عنصر واحد لا يكفي لإضفاء صفة الدولية على العقد.[15]

وللوصول إلى الإجابة على هذا التساؤل يجب أن نفرق بين الدولية المطلقة وبين الدولية النسبية للعقد، فالدولية المطلقة هي الدولية التي إذا اتصلت عناصر العقد الذاتية بدولتين أو اكثر بغض

---

[13] البطاينة، د. عامر، **دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2009، ص20 وما بعدها. مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، ص72.

[14] مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، ص72. البطاينة، د. عامر، **دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2009، ص20 وما بعدها

[15] عرب، سلامة فارس، **وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988، ص23.و صادق، د. هشام علي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة معارف الاسكندرية، سنة 1995، ص8

النظر عن الدولة التي تختص محاكمها بنظر النزاع حول العقد، أما الدولية النسبية فهي الرابطة العقدية التي تتضمن عنصر أجنبياً قانونياً، يختلف بحسب القاضي الذي يُطرح أمامه النزاع.[16]

ينظر البعض إلى أن الصفة الدولية للعقد ممكن تبيانها من مجموعة الظروف والملابسات المحيطة بالعقد وليس من واحد منها على حده[17]. ويضرب الفقه الفرنسي المثل لذلك بعقد يبرم بين فرنسي وإيطالي مقيم في فرنسا للاتفاق على عمل يتم في فرنسا فإنه يخضع في هذه الحالة للقانون الفرنسي، ولا يؤدي اختلاف الجنسية لأحد الأطراف العقد اعتباره دولياً[18].

أما بالنسبة لعقود الأشغال الدولية فإنه من الممكن أن يتم الاتفاق على أن تقوم شركة هولندية بالتعاقد مع شركة أمريكية من أجل إنشاء مصنع للطائرات على أراضٍ كولومبية، على أنه في حال الخلاف يتم تطبيق القانون السويسري، فهذه الحالة تظهر دولية عقد الاشغال.

ونرى بأنه حتى يكتسب العقد الصفة الدولية، يجب البحث في الأركان الأساسية للعقد أطراف العقد، مكان انعقاد العقد، محل العقد إن كانت تحتوي على عنصر أجنبي فإنه والحالة هذه يمكن أن يصبغ عليه صبغة الدولية، مع الأخذ بعين الاعتبار التطور السريع في وسائل الاتصال والاتصالات وإجراء التعاقدات الدولية التي ساهمت في التطور السريع للعقد الدولي، وكذلك حل النزاعات العقدية الدولية.

ثانيا: المعيار الاقتصادي

هناك بعض العقود التي لا تعد وفقاً للمعيار القانوني دولية؛ وذلك لعدم وجود عنصر أجنبي يضفي عليها صفة الدولية. لذلك فقد أوجد الفقه الحديث معياراً آخر لتحديد صفة الدولية للعقود، وهذا ما أخذ به الفقه الفرنسي منذ مدة طويلة، وهذا المعيار يتعلق بطبيعة هذا العقد، فإن كان موضوع العقد متعلقاً بمعاملات اقتصادية وتجارية[19] فانه والحالة هذه يمكن اعتباره دوليا، والتجارية في هذه الحالة لا تخضع في تحديدها إلى قانون التجارة، حيث تمتد لتشمل معاملات كثيرة لا يمكن اعتبارها تجارية وفق نصوص المادة 6 من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966[20] المطبق في فلسطين التي حددت الأعمال التي تعتبر تجارية. ومن الأمثلة على الأعمال التي تعتبر تجارية بطبيعتها والتي ورد ذكرها والنص عليها في المادة المذكورة، عمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وأعمال التشييد والبناء والأنشطة المتعلقة بتداول السلع، ويتطابق نص المادة 6

---

[16] صادق، د. هشام علي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة معارف الاسكندرية، سنة 1995، ص83-84 .

[17] المصدر نفسه، ص58-59، مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، ص72-73.

[18] القشري، د. أحمد، **الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية**، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد21 لسنة 1965، ص63.

[19] سامي، د. فوزي ،**التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص100، ص102.

[20] بريري، د. محمود مختار، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2007، ص33، و مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، ص72.

من القانون المذكور لشرح معنى التجارية الملحق بنص المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته الأمم المتحدة للقانون التجاري "اليونسترال"[21]، وان هذا المعيار يعد هو الاتجاه الحديث في تحديد الدولية للعقود.

وإننا بالنظر إلى أحكام هيئات التحكيم الدولية وأحكام القضاء العادي، نلاحظ أنها ترجح الأخذ بالمعيار الاقتصادي دون المعيار القانوني، بهدف توسيع نطاق دولية العقد، ويتضح مما تقدم أن دولية العقد مسألة أو حالة موضوعية، وبالتالي يجب تحديدها بناءً على أسس موضوعية سواء كانت اقتصادية أو قانونية، وعلى الرغم من ذلك توجد حالات لا يعد العقد فيها دولياً وفقا لهذه الأسس الموضوعية، وإنما قد يعتبر العقد دوليا وفقا لاعتبارات وعوامل أخرى وهو ما يطلق عليه التدويل الظاهري والتدويل الجزئي للعقد، فما هو المقصود بكل منهما[22]؟

التدويل الظاهري: يقصد بالتدويل الظاهري بأن هذا العقد لا يعتبر في حقيقته عقداً دولياً بحسب الأسس الموضوعية المذكورة سابقاً، ولكن الأطراف يضمنون للعقد شرطاً مثل شرط القانون الواجب التطبيق، أو شرط التحكيم لدى إحدى هيئات التحكيم الدولية بحيث يترتب على مثل هذه الشروط تدويل ظاهري للعقد، وبالتالي يوصف العقد بأنه عقد دولي.[23]

أما **التدويل الجزئي**: من الممكن أن يتم تدويل عملية هي بالكامل داخلية بحيث يتم التدويل لعملية الأشغال في بعض جوانبها، ولكنه في نفس الوقت لا يمكن أن تدوّل العملية بالكامل ما دامت إنها عملية داخلية في جميع عناصرها[24]. مثال ذلك التمويل الدولي لعملية الأشغال الدولية أي أن يكون المشروع بجميع جوانبه داخليا باستثناء عملية التمويل فإنها دولية.

وإننا نجد أن الأخذ بمعيار الاقتصادية لتحديد دولية العقد هو أشمل وأوسع في تحديد دولية العقود، ويدخل قائمة كبيرة من العقود تحت تصنيف العقود الدولية، على أنه لا يتم تهميش المعيار القانوني بشكل كامل، أي أنه في حالة وجود أسس موضوعية قانونية في العقد يجب الأخذ بها واعتمادها لتحديد الصفة الدولية للعقد. وما ينطبق على العقود الاقتصادية ينطبق على عقود الأشغال الدولية، والتي تتعدد تقسيماتها، لذلك سوف يتم دراسة تقسيمات عقود الأشغال الدولية في المطلب التالي.

---

(21) تعرف المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته الامم المتحدة في هامش خاص المقصود بالتجارية الآتي: ينبغي تفسير مصطلح "التجارية" تفسيراً واسعاً ليستوعب المسائل الناشئة عن كل علاقة ذات طابع تجاري تعاقدي أو غير تعاقدي. وتشمل العلاقات ذات الطبيعة التجارية دون أن تقتصر على ذلك المعاملات الآتية: كل معاملة تجارة تتعلق بتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري، التحصيل أو شراء الديون اعتماد التأخير، تشييد المصانع والخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، التراخيص، الاستثمارات، التمويل، المعاملات المصرفية، التأمين، اتفاقيات الاستغلال والامتيازات، المشروعات المشتركة، وأشكال التعاون الصناعي والتجاري الأخرى: نقل البضائع والمسافرين جواً وبحراً أو بالسكك الحديدة أو الطرق.

(22) مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق، ص74.

23 البطاينة، د. عامر، **دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي**، مرجع سابق ، ص22

(24) مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق، ص74.

الفرع الثاني: صور عقود الأشغال الدولية

يتجه الفقه الى تقسيم عقود الأشغال الدولية استنادا إلى عدة معايير منها ما يتم تقسيمه استناداً الى موضوعها وتقسم بالنظر إلى تنوع التزامات المقاول وتقسم كذلك بالنظر إلى الثمن وسوف نبحث في هذه التقسيمات من خلال الفرع التالية:

أولا : تقسيم عقود الأشغال الدولية بالنظر إلى موضوعها.

ثانيا: تقسيم عقود الأشغال الدولية بالنظر إلى تنوع التزامات المقاول.

ثالثاً: تقسيم عقود الأشغال الدولية بالنظر إلى الثمن.

أولاً: تقسيم عقود الأشغال الدولية بالنظر إلى موضوعها

تقسم عقود الأشغال الدولية بالنظر إلى موضوعها إلى ستة أقسام وهي:

القسم الأول: المباني أو العقارات

وهذا القسم يشمل العقود التي يكون محلها تشييد بناء أو عقار، سواء تمثّل في بناء بسيط أو مركب مثل الفنادق التي تسلم هيئته مفتاح اليد، عقد تسليم مفتاح .

القسم الثاني: الهندسة المدنية

يشمل هذا القسم أعمال الهندسة المدنية بصفة عامة، من جسور وطرق وسكك وأنفاق ومطارات وغيرها من أعمال الهندسة المدنية المعروفة.

القسم الثالث: التشييدات الصناعية الأخرى

وتشمل شبكات المواصلات والمفاعلات النووية والوحدات الكيميائية والمطارات الدولية و التشييدات الميكانيكية والكهربائية والمصانع على هيئة تسليم مفتاح(25).

القسم الرابع: مشروعات الأشغال المتجانسة[26]

وهي المشروعات التي تقتصر على أعمال البناء والهندسة المدنية، وتكون في الواقع متجردة من التعقيد مثل مشروعات تشييد الطرق والجسور والوحدات السكنية.

---

(25) الشرقاوي، د. محمود سمير، **العقود التجارية الدولية**، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية،1992، ص17.

[26] القشري، د. أحمد، **الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية**، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد21 لسنة 1965، ص63

ولكن يجب دائماً مراعاة أن هذا التجانس يكون نادراً في العمليات الكبرى، ففي الغالب تكون الإنشاءات جزءاً من مشروع في المجال الدولي؛ وبالتالي لا تكون لعملية الأشغال نفسها ذات الأهمية في جميع الحالات، وبناء عليه يجب التمييز بين:

أ.المشروعات التي تكون فيها خدمات أو أعمال البناء والهندسة المدنية هي المسيطر، مثل تشييد المستشفيات والمطارات والسدود.

ب.المشروعات التي تكون فيها الخدمات الأخرى القريبة المختلفة عن الإنشاءات هي التي لها القيمة الكبرى، مثل التشييدات الصناعية، وفي هذه الحالات يكون معيار التكلفة هو الملائم لتوضيح قيمة مشاركة الإنشاءات في المشروع المعقد.

النوع الخامس: إذا كانت تكلفة أعمال الأشغال أكثر من تكلفة الخدمات الأخرى، ففي هذه الحالة تكون الأشغال هي المشروع الرئيسي في هذه العملية المعقدة.[27]

النوع السادس: أما إذا كانت الخدمات الأخرى هي الأكثر قيمة من أعمال الأشغال؛ فإن الأشغال تعد بمثابة البنية الأساسية للمشروع[(28)].

وهناك تقسيم آخر لعقود الأشغال الدولية يتم بموجبه تقسيم هذه العقود بالنظر الى تنوع التزامات المقاول والتي سوف تكون موضوع دراسة الفرع التالي من هذه الدراسة وفق الآتي:

ثانياً: تقسيم عقود الأشغال الدولية بالنظر إلى تنوع التزامات المقاول

في نطاق عملية الأشغال التقليدية أو العادية، فإن رب العمل قبل أن يقوم بطرح المناقصة، يعهد إلى مهندس أو مكتب دراسات من أجل عمل تصميمات ورسومات للعمل، وهذه الطريقة تعرف بالإنجليزية Design Then Build بمعنى التصميم ثم المناقصة، والمقاول قد تكون مهمته تنفيذ الرسومات والتصاميم وفي هذه الحالة يكون العقد عقداً تقليدياً بسيطاً، وقد يستخدم رب العمل وسيلة أكثر سرعة ويطلق عليها عملية الاشغال المستعجلة، أي أن يعهد للمقاول بالتصميم والتنفيذ ويكون بالتالي هناك عقد مركب ومعقد، وبناء عليه يمكن تقسيم عقود الأشغال الدولية وفقاً لمدى تنوع التزامات المقاول إلى عقد بسيط وعقد مركب.[(29)]

وهناك تقسيم ثالث لعقود الأشغال الدولية يتم بموجبه تقسيم هذه العقود بالنظر إلى الثمن وطريقة الدفع والتي سوف تكون موضوع دراسة الفرع التالي من هذه الدراسة وفق الآتي:

---

[27]) شفيق ، **تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد والمنشآت الصناعية**، مرجع سابق، ص19

[(28)]شفيق ، **تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد والمنشآت الصناعية**، مرجع سابق، ص19.

[(29)]مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق، ص85

ثالثاً: تقسيم عقود الأشغال الدولية بالنظر إلى الثمن

يتم تقسيم العقد بالنسبة لطريقة الوفاء بالثمن إلى ثلاثة أنواع وهي حسب الآتي: العقد الجزافي، والعقد على أساس الوحدة، والعقد على أساس التكلفة بالإضافة إلى نسبة من الأتعاب.

- **النوع الأول: العقد الجزافي**

يقصد به العقد الذي يتم فيه تحديد الثمن بمبلغ مقطوع أو جزافي بغض النظر عن قيمة العمل. وإن كون العقد جزافياً والثمن محدداً تحديداً واضحاً، يفترض أن المقاول كانت لديه المعلومات الضرورية لتحديد الثمن تحديداً دقيقاً، ولا يستطيع التصحيح فيما بعد كما لا يستطيع رب العمل أن يعدل في الأعمال، والعقد الجزافي يشمل بالإضافة إلى موضوع العقد شروط التنفيذ[(30)].

- **النوع الثاني: العقد على أساس الوحدة**

وهذا العقد الذي يتحدد فيه الثمن على أساس المتر أو الوحدة، بحيث يكون لكل متر أو وحدة ثمن خاص وبعدها يتم تحديد الثمن النهائي للمشروع بعدد الوحدات المنفذة.

وعادة ما يتم اللجوء إلى هذا النوع من العقود في المشاريع التي لا يمكن تحديدها بدرجة كافية، أو عندما يكون هناك احتمال لإجراء تعديلات على المشروع وكمية الأعمال[(31)].

- **النوع الثالث: العقد على أساس التكلفة مضافاً إليها نسبة من الأتعاب**

وهو العقد الذي يدفع فيه الثمن على أساس النفقات الحقيقية مضافاً إليها نسبة من النفقات والمصاريف العامة مثل الضرائب والفوائد.[(32)] ويرى جانب من الفقه أن هذه الوسيلة تعد من أفضل وسائل تحديد الثمن في العقد الدولي للأشغال؛ لأنها توفق ما بين مصالح رب العمل الإدارة المتعاقدة ومصالح المقاول، حيث أنها تضمن للمقاول على أقل تقدير أن يتجنب سوء تقدير الثمن عن تقديم العطاء كما في حالة الثمن الجزافي وكذلك تضمن لرب العمل أن يقوم بالوفاء بالثمن الحقيقي.[(33)]

ويرى جانب آخر من الفقه أن ما يعيب هذا العقد أن رب العمل يتحمل تكاليف الأشغال التي تزيد عن الحد الذي كان يتوقعه عند إبرام العقد.[(34)]

وبعد أن تعرفناعلى صور عقود الأشغال الدولية، فإننا سوف نبحث في خصائص عقود الأشغال الدولية كونها تمييز بخصائص تميزها عن غيرها من العقود الأخرى سواء الداخلية أم الخارجية وفق الأتي :

---

(30) الشرقاوي، **العقود التجارية الدولية**، مرجع سابق ، ص20

(31) مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق، ص87

(32) الغندور، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق ص88

(33) الشرقاوي، **العقود التجارية الدولية**، مرجع سابق ،ص9-10

(34) مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق ، ص89

المطلب الثاني

خصائص عقد الأشغال الدولية والطبيعة القانونية الخاصة بها

تمتاز عقود الأشغال العامة بمميزات تجعلها تختلف عن غيرها من العقود الدولية الأخرى بصفة عامة كما تميزه عن عقود الاشغال العامة الداخلية ، كما أن عقد الاشغال الدولي يمتاز بخصائص تجعله يختلف عن غيره من الطوائف العقدية الأخرى مثل عقد البيع والوكالة . وهذا ما سوف نوضحه من خلال الفرعين التالين :

الفرع الأول : خصائص عقد الأشغال الدولي.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقود الأشغال الدولية .

الفرع الأول: خصائص عقد الأشغال الدولي

إن عقد الأشغال الدولي يتمتع بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الدولية الأخرى، سواء الداخلية أو الخارجية، من خلال هذا المطلب سوف نجيب على عدة اسئلة ما هي الخصائص التي تميز عقود الأشغال الدولية؟ سوف ندرس هذه الخصائص من خلال الآتي:

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقود الأشغال الدولية

الفرع الثاني: الطابع التجاري لعقود الأشغال الدولية

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقود الأشغال الدولية

ان عقود الأشغال الدولية لها خصائص تميزها عن غيرها من العقود الدولية الاخرى فهي من العقود الزمنية وكذلك هي من العقود المركبة التي تجعل منها تحتاج الى نظام قانوني خاص ، ويثور بهذا الصدد مسالة مدى تمتع هذا العقد بالصفة التجارية من عدمه ، وسوف نفصل كل خاصية من هذه الخصائص على النحو التالي :

أ) : عقد الأشغال الدولي من عقود المدة

أي أن الزمن يعتبر عنصراً جوهرياً في تنفيذه، حيث أن العقد الدولي يحتاج إلى مدة من أجل إبرامه في مرحلة المفاوضات ثم يحتاج إلى سنوات عديدة لتنفيذه.[35]

ب) : عقد الأشغال الدولي عقد مركب

يمكن تعريف العقد المركب بأنه العقد الذي يتكون من عدة عمليات قانونية، بحيث تكون كل عملية عقد واحد[36]. إن عقد الأشغال الدولي يشمل أثناء تنفيذه عدة عمليات معقدة لا يستطيع مقاول واحد القيام بها، وبالتالي يكون هناك حاجة إلى الاستعانة بعدة مقاولين آخرين، وبالتالي تقوم عدة عمليات قانونية.[37]

وما يميز عقد الأشغال الدولي عن غيره من العقود الطابع التجاري لهذا العقد، لذا سوف نبحث في الفرع التالي الطابع التجاري وما أثره على عقود الأشغال الدولية.

ثانياً: الطابع التجاري لعقود الأشغال الدولية

قبل الدخول في تفصيلات مدى تمتع عقود الأشغال الدولية بالطبيعة التجارية من عدمه، نود أن نشير إلى أن معيار التجارية بالمعنى الدقيق والضيق في القوانين الداخلية للدول التي تعرف نظام التفرقة ما بين العمل التجاري والعمل المدني مثل فرنسا ومصر، قد تعرض للترك والإهمال، وأصبح الفقه والقضاء الدوليان وكذا المعاهدات الدولية والقوانين الحديثة المتعلقة بالتحكيم التجاري مثل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عام 1985م عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة والمعروفة باسم اليونسترال، وكذلك قوانين التحكيم الحديثة ومن ضمنها قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لعام 2000م، وقانون التحكيم المصري لعام 1994م، حيث أصبحت هذه القوانين تفضل عدم الإشارة إلى التجارية، وتفضل استخدام مصطلح الاقتصادية وفق اتفاقية نيويورك عام 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بين التحكيم التجاري وغير التجاري.

وحيث سمحت الاتفاقية الأخيرة في المادة الأولى فقرة 2 منها أن تقصر تطبيق هذه الاتفاقية على الخلافات التعاقدية التجارية وفقا لقانونها الداخلي حيث نصت على ما يلي "للدول الموقعة أو المنظمة للاتفاقية أن تعلن عند التوقيع أو الانضمام أنها سوف تقصر تطبيق الاتفاقية على

---

[35] الصدة ، د. عبدالمنعم فرج ، **نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**،ج1،دار النهضة العربية، 1990، ص128-ص140

[36] المصدر نفسه،ج1،ص140

[37] شفيق،**تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد والمنشآت الصناعية**،ص4.

الخلافات الناتجة عن العلاقات التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعد تجارية وفقاً لقانونها الداخلي".[38]

أما بخصوص عقود الأشغال الدولية فان القوانين الخاصة، تهتم بدراسة هذا النوع من العقود تحت اسم عقود المقاولة في القانون المدني، وكذلك عقود الأشغال العامة في القانون الإداري، أما الفقه الدولي وفقهاء التجارة الدولية، فإنه يدرس هذا النوع من العقود تحت مسميات عدة، منها العقود الدولية للأشغال الدولية وعقود التنمية الدولية والاتفاقيات شبه الدولية. وهذا الاختلاف سواء في المفاهيم أو الاصطلاحات الدالة عليها راجع إلى الغياب التشريعي لعقود الأشغال الدولية سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي فأصبحت المسألة اجتهادا. ومن ذلك قد يكون العقد عقداً مدنياً وقد يكون عقداً تجارياً وقد يكون مختلطاً وقد يكون إدارياً.[39] ويعتبر عقد المقاولة عقداً مدنياً بصفة عامة بالنسبة لرب العمل إلا إذا كان أحد أطرافه تاجراً، وإن تم إبرامه لأغراض تجارية والحالة هذه يعتبر عملاً تجارياً بالتبعية. أما بالنسبة للمقاول فإن العقد يعتبر تجارياً بحسب العمل الذي يقوم به[40]. وإن القانون التجاري الأردني المطبق في الأراضي الفلسطينية في الوقت الحالي ينص على تجارية الأعمال العقارية مثلما نص على ذلك القانون التجاري المصري الذي اعتبر جميع الأعمال العقارية المتعلقة بإنشاء مبانٍ هي أعمال تجارية[41].

أما بالنسبة لكون هذه العقود إدارية؛ فإن معيار العقد الإداري يقوم على أسس ثلاث:

1) أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

2) أن يكون للعقد صلة بالمرفق العام.

3) أن يشتمل العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وهذه هي الأسس التي يمكن أن يبنى عليها كون العقد إدارياً أم لا وهي الأسس الراجحة فقهاً.[42]

من ناحية ثانية فإن عقد الأشغال الدولي يقوم على عنصرين هامين يمكن تأسيس الطبيعة الدولية التجارية له بناء عليها:

- **الأول** : جنسية الطرف الخاص الأجنبي.

- **الثاني** : تعلقه بمصالح التجارة الدولية.

وإن هذين العنصرين يجعلانه يتغلب على الخصائص الإدارية فيه، الأمر الذي يجعلنا نتساءل هل هو عقد إداري أم عقد تجارة دولية؟

---

[38] مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق ص98-99.

[39] شنب، د.محمد لبيب، **شرح أحكام عقد المقاولة**، دار النهضة العربية، 1962، ص52.

[40] المصدر نفسه، ص52.

[41] المادة 8/2 من القانون التجاري المصري رقم 17 لعام 1999. والتي نصت على أنه: "يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا، جميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان، متى كان المقاول متعهدا بتوريد الادوات والاشياء اللازمة لذلك."

[42] الطماوي، د. سلمان، **الأسس العامة في العقود الإدارية**، دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، 2008، ص62- 90.

وقد توصل الفقه في القانون التجاري الدولي إلى اعتبار عقود الأشغال الدولية من عقود التجارة طالما أنها تتضمن تحريكاً وتبادلاً للأموال والسلع والخدمات غير المحدود، بغض النظر عن أطرافها وموضوعها. وذهب هذا الرأي إلى أن الدولة عندما تبرم عقدا من العقود الدولية، لا تبرم عقد إداريا بل عقدا من عقود التجارة الدولية مهما ارتبط ذلك العقد وانعكست آثاره على المرافق العامة لتلك الدولة[43]. حيث أن الدولة ممكن ان تبرم هذا العقد بصفتها شخصاً من أشخاص القانون العام أو أحد أشخاص الدولة العامة أو أحد أشخاص القانون الخاص، أي أن نظرية اعتبار العقد عقداً ادارياً قد فشلت.

وإننا نرى ان عقد الأشغال الدولي هو عقد تجاري، حيث أنه يحقق المصالح الدولية لأطرافه وكذلك يحقق الربح وأيضاً يمتاز بطبيعة خاصة تجعله يختلف عن العقود الإدارية. وإن تعلق ببناء مرفق عام وغيره، كما أن القانون التجاري المصري أخذ بهذه الصفة وكذلك مشروع القانون التجاري الفلسطيني في الفقرة 13 من المادة 5 من المشروع.

هذا بالنسبة للطبيعة التجارية لعقد الأشغال الدولي أما بالنسبة للطبيعة القانونية فإننا سوف نبحثه من خلال الفرع التالي.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقود الأشغال الدولية

ثارت عدة آراء حول طبيعة عقود الأشغال الدولية وهل هي عقود ادارية أم أنها عقود تنتمي إلى طائفة العقود في القانون الخاص؟ سيتم الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال الآتي:

أولاً: الطبيعة الإدارية لعقد الأشغال الدولي

عادة ما يكون عقد الأشغال الدولي ما بين دولة تعمل على بناء مؤسساتها وما بين طرف خاص، الأمر الذي يؤدي إلى إثارة التساؤل الآتي: هل عقد الأشغال الدولي عقد إداري أم لا؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال يجب علينا التفريق ما بين عقد الأشغال العامة في القانون الداخلي وعقد الأشغال الدولي؟

لقد عرّفت المادة 1 من القانون الفلسطيني رقم 6 لسنة 1999م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية عقد الأشغال العامة بأنه "اتفاق بين الإدارة العامة وبين أحد المقاولين، محله إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها وصيانتها ومتابعة تنفيذها والإشراف عليها مقابل

---

[43] الغندور، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، مرجع سابق، ص103.

أجر متفق عليه وفقاً لأحكام القانون وشروط العقد وملحقاته."[44] "ويشمل عقد الأشغال العامة كذلك الخدمات الفنية المعروفة بأنها الدراسات والتصاميم الهندسية والفنية للأشغال والمشاريع والإشراف على تنفيذها وتشغيلها وأعمال المساحة وأية استشارات فنية أو هندسية تتعلق بالأشغال. ومن هذا التعريف نجد أنه حتى نكون أمام عقد أشغال عامة يجب أن يتوافر فيه عدة عناصر وهي:

1) أن يكون محل العقد عقاراً

حتى يوصف العقد بأنه عقد الأشغال الدولي فلا بد من أن يكون محل العقد عقاراً، وليس منقولاً، كإنشاء مطار أو نفق أو جسر وخلافه مما يرد على العقار من أعمال إنشائية.[45]
ويستوي في هذه الحالة أن يكون عقد الأشغال العامة على عقار بطبيعته أو على عقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء[46] وهذا ما أكده القضاء الإداري المصري والفرنسي، حيث أكدا على أن فكرة الأشغال العمومية تتصل اتصالاً وثيقاً بالعقارات - ويدخل فيها كافة الأعمال المتصلة بالعقارات كصيانة وتنظيف وتعبيد الطرق، وأعمال الردم و الهدم والبناء وخلافه من الأعمال دون النظر إلى أهميتها و كونها دائمة أو مؤقته.[47]

2) أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة

إن من أهم خصائص عقد الأشغال العامة في الفقه الإداري المقارن والفقه العربي هو تحقيق النفع العام والمصلحة العامة[48]، وقد كانت فكرة عقد الأشغال العامة تقوم على فكرة المال العام، إن عقد الأشغال العامة لا يقوم إذا كان محله عقار من المال العام فقط دون المال الخاص، إلا أن القضاء الفرنسي عدل عن هذه الفكرة وعللت ذلك باستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة.[49] فالأعمال التي ينفذها شخص عام تكتسب الصفة العامة إذا ما تمت على عقارات لحساب شخص خاص من أجل تنفيذ مهمة المرفق العام.

---

[44] قانون صدر في عهد السلطة الوطنية وأصبح موضع التنفيذ في مطلع عام2000م وهو يشمل على 24 مادة، وقد ألغى هذا القانون نظام الاشتراطات العامة للعطاءات وتوريد الأصناف لسنة 1953م في قطاع غزة ونظام الأشغال العامة لسنة 1940في الضفة الغربية كما وألغى جميع اللوائح التي تتعارض مع أحكامه ومن محاسنه أنه وحد بين شقي الوطن، الضفة الغربية وغزة .

[45]الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، مرجع سابق، ص 126.

[46]الحسن، د. عيسى عبد القادر، **التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص7.

[47] فتوى مجلس الدولة المصري ادارة الرأي 28 مايو سنة 1950، السنتان الرابعة والخامسة، ص 868، ومحكمة القضاء الاداري، القضية 284 لسنة 8ق، س11، ص 104، 23 ديسمبر 1956. مشار اليه في، اسماعيل، د. محمد عبد المجيد، **عقود الأشغال الدولية والتحكيم بها**، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 27، في الحاشية، والحسن، ص7.

[48]الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، ص 127 .

[49] حكم محكمة التنازع في 24أكتوبر سنة 1942، مجموعي سيري، سنة 1945، القسم الثالث، ص 10، مشار إليه في، الطماوي، ص 128 .

ويذهب الفقه إلى أن المفهوم الجديد للأشغال العامة يرتبط بمهمة تنفيذ المرفق العام ولو نفذها شخص عام على عقارات لحساب شخص خاص وهذا المفهوم الجديد يعتبر من الأشغال العامة تلك المنفذة لحساب شخص معنوي عام من أجل المصلحة العامة، وتلك التي ينفذها شخص عام في إطار مرفق عام.[50]

3) أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام

يكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، ولو كان العقار خاصاً لكي يمكن أن نسبغ الصفة العامة على عقد الأشغال، ويكون العمل قد تم لحساب شخص معنوي عام في هذه الحالة إذا كان للشخص المعنوي العام إشراف مباشر ودقيق على الأعمال، أو آل العقار إلى الشخص العام بعد مدة معينة.[51] فيمكن للإدارة أن لا تظهر في عقد من العقود، ومع ذلك يعتبر العقد إداريا إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم الإدارة ولمصلحة الإدارة.[52] وهذه العناصر التي أخذ بها القضاء الإداري المصري والفرنسي.[53]

أما تعريف العقد الدولي للأشغال العامة بأنه "العقد الذي يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي بهدف إنجاز أعمال من ذات طبيعة عقارية وفقاً لقواعد خاصة، لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة إلى أخرى".[54]

ونرى الفرق ما بين العقد الإداري للأشغال العامة والعقد الدولي للأشغال في أن كل منها يخضع إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، حيث أن الأول يخضع إلى القانون الداخلي فيما يخضع الآخر إلى القانون الداخلي وكذلك الأعراف الدولية. ويضاف الى العناصر السابقة الذكر عنصران إضافيان حتى نكون أمام عقد أشغال دولي وهما:

4) **صفة الدولية في عقد الأشغال العامة.**
5) **عقد الأشغال الدولية من العقود طويلة المدة.**

وجدير بالذكر إن بعض الفقه الدولي لا يعترف بوجود عقد إداري دولي وذلك لسببين:

السبب الأول: هو أن هناك عدة دول لا تعترف بوجود العقد الإداري وتعتبره من قبل العقود المدنية مثل الدول الأنجلو سكسونية.

السبب الثاني: عدم ثقة المستثمرين بحكومات الدول النامية، هذا كي يحافظ على حقوقه وتجنبه للمخاطر التشريعية والإدارية، وهذا مرجعه إلى عدم تطور فكرة العقد الإداري الدولي.[55]

---

[50] أمين، د. محمد سعيد، **دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكامها وإبرامها**،مرجع سابق ، ص 178 وما بعدها .
[51] الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية** ،مرجع سابق، ص127 .
[52] المصدر نفسه، ص 72- 73.
[53] أبوعمارة ، د. محمد ، **مقالة منشورة في مجلة القانون والقضاء**، ديوان الفقه والتشريع، عدد12،يونيو2003، ص50-51.
[54] الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية** ،،مرجع سابق، ص122.
[55] الغندور، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات** ،،مرجع سابق، ص107.

هناك جانب من الفقه يقبل نظرية العقود الإدارية الدولية حيث يرى هذا الجانب بأنه يمكن القياس عليها في الاتفاقيات الاقتصادية بين الدول، والطرف الخاص الأجنبي لتوافر عنصر المنفعة العامة، ووجود أحد أشخاص القانون الدولي العام طرفاً فيها[56]، وكذلك يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقود الأشغال الدولية ذات طبيعة خاصة تجمع ما بين القانون العام والقانون الخاص على حد سواء.[57]

ويرى الجانب الراجح[58] في الفقه من أن هذه العقود لها طبيعة مختلطة تجمع بين خصائص القانونين العام والخاص على حدا سواء، وهذا ما أيده القضاء الدولي في اكثر من مناسبة، وهذه الطبيعة تتحدد وفقاً لشروط العقد وكافة الظروف والملابسات المحيطة به، وهذا الرأي الذي نرى أنه الأفضل؛ فإن كانت الدولة عندما أبرمت العقد مع الطرف الأجنبي قد تحملت تمويل المشروع بنفسها وكذلك ان تضمن الاتفاق بين الدولة والطرف الأجنبي أن تتابع الدولة تنفيذ المشروع وفقاً للإجراءات المتبعة في عقود الأشغال الداخلية، فإنه في هذه الحالة يكون عقداً إدارياً، أما على العكس من ذلك فإن هذا العقد يمكن أن يخضع لأحد طوائف عقدية أخرى في القانون الخاص مثل عقد المقاولة وغيره .وهذا ما سوف ندرسه من خلال التالي.

ثانياً: نسبة عقد الأشغال الدولي إلى أحد الطوائف التعاقدية في القانون الخاص.

سوف ندرس في هذا الفرع، مدى إمكانية نسبة عقد الأشغال الدولي إلى إحدى الطوائف التقليدية في القانون الخاص، منها عقد الوكالة أو عقد البيع أو عقد المقاولة، وفق الآتي:

1) عقد الأشغال الدولي وعقد الوكالة

عرفت المادة 797 من مشروع القانون المدني الفلسطيني عقد الوكالة بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل." ونصت المادة 833 من القانون المدني الأردني على تعريف عقد الوكالة بأن "الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم".

أما القانون المدني المصري فقد عرف الوكالة بشكل مختلف، حيث نصت المادة 699 على أنه: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

ويتضح من خلال هذه التعاريف بأنها جميعها تدور حول أن يقوم شخص لحساب آخر بعمل قانوني معين، أما بالنسبة لعقد الأشغال فإن رب العمل يبرم العقد مع المقاول ليقوم بعمل ما،

---

[56]علوان، **بحث منشور في مجلة القانون والقضاء** ،،مرجع سابق، ص1707.

[57]المصدر نفسه، ص1704-1705.

[58]) علوان، **بحث منشور في مجلة القانون والقضاء** ،،مرجع سابق، ص1707 ، مطاوع ، مرجع سابق ، ص 109 ، د. سامية راشد ، دور التحكيم في تدويل العقود ، دار النهضة العربية ، 1990، ص 18 _ 22.

وبذلك فإنه جزء من عمل المقاول هو عمل قانوني، لكن غالبية العمل هو مادي، وكذلك إن المقاول لا يتعامل باسم رب العمل، إنما باسمه الشخصي، وبالتالي فإن آثار العقد تنصرف إلى الطرفين أما في عقد الوكالة قد تنصرف إلى الموكل فقط.[59]

كما أنه من الممكن أن يبرم المقاول اتفاقيات مع مقاولين من الباطن إلا أنه يبرم هذه العقود باسمه الشخصي وليس باسم رب العمل، وبالتالي ليس بصفته وكيلاً عن رب العمل، ففي هذه الحالة يكون تكييف عقد الأشغال الدولية بأنه عقد وكالة قد فشلت.[60]

2) عقد الأشغال الدولي وعقد البيع

لقد نصت المادة428 من مشروع القانون المدني الفلسطيني أن عقد "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا في مقابل ثمن نقدي" كما عرفته المادة 465 من القانون المدني الأردني بأنه: "تمليك مال أو حق مالي لقاء عرض"، أما القانون المدني المصري فقد عرفه في المادة 418 منه بأنه: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي".

أي أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية سواء تنقل مالاً أو تنقل حقاً مالياً مقابل عوض، وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقد الأشغال الدولي بأنه عقد بيع تسليم مفاتيح أو تسليم إنتاج، فهو اتفاق عمل يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم شيء إلى المشتري مقابل ثمن.

إلا أنه ولاختلاف الطبيعة الخاصة بعقد الأشغال الدولية المتعلقة بالمسؤولية وكذلك الاشتراطات التي تكون على رب العمل في بعض الأحيان. أما بخصوص ما أثاره بعض الفقهاء بأن عقود الأشغال الدولية هي عقود بيع خدمات لما تحتويه هذه العقود من جهد ذهني تتعلق بنقل التكنولوجيا والتصميم، وهذا لا يمكن الأخذ به، وإن كانت الأعمال الذهنية جزءاً من عقود الأشغال الدولية، إلا أنها لا تعتبر جميعها، حيث أن عقد الأشغال الدولي غالبيته التزام أعمال مادية.[61]

كما أن محل عقد الأشغال الدولية الالتزام بعمل وهو إنشاء البناء المطلوب، أما عقد البيع بمحله هو نقل ملكية ما أو إعطاء شيء ما.

لذا فإن فكرة إضفاء وصف عقد البيع على عقد الأشغال تعتبر غير منطقية كذلك.

---

[59] هاشم علي الشهوان، **المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات**، دار الثقافة، عمان، 2009، ص44، نقلاً عن د. محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص30.

[60] د. اسماعيل ، محمد عبد المجيد ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ،ص 80 .

[61] هاشم الشهوان، المرجع السابق، ص48-49

3) عقد الأشغال الدولي وعقد المقاولة

عرفت المادة 737 من مشروع القانون المدني الفلسطيني عقد المقاولة بأن "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر "وقد عرفته المادة 646 من القانون المدني المصري بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني في المادة 78.

والذي يميز عقد المقاولة بأن المقاول يقوم بالعمل مستقلاً فلا يخضع لرقابة وإشراف رب العمل وأن العمل ينصب على الأعمال المادية دون القانونية.[62]

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقد الأشغال بأنه عقد مقاولة، إلا أن عقد المقاولة يمتاز بعدة خصائص منها أن التزامات أطرافه ترتبط بموضوع العمل، وهذه الخاصية موجودة في عقد الأشغال الدولي حيث أن المقاول يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عند تنفيذ العمل إزاء رب العمل. كما أن عقد المقاولة يضم نوعين من الالتزامات:

الالتزام الأول: تنفيذ العمل، وهذا التزام المهندس.

الالتزام الثاني : يتعلق بإنجاز العمل وإتمامه، وهذا يتشابه مع عقود نقل التكنولوجيا.

وهذا ما يجعل التشابه بين عقود المقاولة وعقد الأشغال الدولي، إلا أن هذا التشابه أصبح محل نظر، حيث أن محكمة النقض الفرنسية عام 1977م أخذت بقاعدة استمرارية الأرض بالنسبة للمباني المقامة عليها، حيث أن الأرض إذا كانت مملوكة لرب العمل فإن العقد يكون عقد مقاولة، أما اذا لم تكن مملوكه فلا يكون العقد مقاولة.[63]

وعليه، فإن تكييف عقد الأشغال الدولي على أنه عقد مقاولة قد فشل كذلك.

والرأي الراجح [64]هو الذي يعتبر عقد الأشغال عقداً من طبيعة مختلطة تجمع بين خصائص القانونين العام والخاص على حدا سواء، وهذا ما أيده القضاء الدولي في أكثر من مناسبة، وهذه الطبيعة تتحدد وفقاً لشروط العقد وكافة الظروف والملابسات المحيطة به. حيث نجد أن فكرة العقد الاداري تسعى الى تضمين العقد شروط خاصة تعطي الادارة سلطات استثنائية ، وفي المقابل نجد أن قانون التجارة الدولية يتجاهل هذه الامتيازات الممنوحة لجهة الادارة ن والتي يمكن ان تمارسها في علاقاتها التعاقدية مع أجد الاشخاص الخاصة ، وهذا يجعل من العقد عقدا ذات طبيعة مختلطة ما بين العام والخاص ، وإننا نؤيد هذا الرأي ونعتبر الأصوب في تكييف هذا العقد.

---

[62]مطاوع، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات** ،مرجع سابق ، ص114-115.

[63]المصدر نفسه، ص114-115.

[64]د. اسماعيل ، محمد عبد المجيد ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مرجع سابق ،ص 92.

في هذا المبحث كنا قد درسنا عقود الأشغال الدولية من حيث تعريفها وخصائصها وكذلك الطابع التجاري والطابع الدولي لهذه العقود بالإضافة لمعايير دولية هذه العقود وتوصلنا إلى أنها عقود ذات طبيعة مختلطة وأن طبيعتها تتحد وفقا للظروف المحيطة بهذا العقد وعناصره.

المبحث الثاني

مفهوم التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية

تعتبر حالة التوازن المالي للعقد الإداري حالة العدل التي اتفق عليها وارتضاها المتعاقدون، ولما كان العقد الإداري من سماته أنه يتمتع بشروط خاصة استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ـ ومن هذه الشروط حق الإدارة في تعديل العقد بإرادة منفردة وفقا للحدود التي رسمها القانون، الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التوازن المالي لعقد الاشغال الدولي. فتملك الإدارة زيادة الالتزامات على كاهل المتعاقد معها أو إنقاصها، وحيث أنه ممكن أن يؤدي تعديل الإدارة إلى تعثر المتعاقد معها عن القيام بالتزاماته المترتبة عليه بموجب العقد ـ فإنه يتعين إعادة التوازن المالي للعقد إلى الحالة التي كان عليها وقت التعاقد ـ وذلك حفاظا على سير المرفق العام بانتظام واضطراد وكذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة، وقيام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالتزاماته وفقا للعقد. وحيث أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته التعاقدية هما وجهان لعملة واحدة ألا هي العقد.[65] وحتى نتوصل الى مفهوم التوازن المالي في عقد الأشغال الدولي فيجب أن نتطرق الى نشأة فكرة التوازن المالي ، وكذلك الى الاساس القانوني لفكرة التوازن المالي وتعريف المقصود بهذا التوازن ولهذه الغاية فقد قسمنا هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول:** تعريف التوازن المالي للعقد نشأته وتطوره
- **المطلب الثاني:** الأساس القانوني لفكرة التوازن المالي في العقد .

المطلب الأول: نشأة فكرة التوازن المالي للعقد وتطورها.

تعددت التعريفات والآراء حول تعريف فكرة التوازن المالي للعقد، إلا أنها تدور في فلك واحد وهو الحفاظ على حقوق المتعاقدين وقت التعاقد، والإبقاء على العقد وفق ما تم الاتفاق عليه، وتعتبر فكرة التوازن المالي للعقد من اعتبارات العدالة ـ حيث إن المتعاقد يقبل أن يدخل العلاقة التعاقدية لما تحققه له من عائد مرض .

[65] الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، مرجع سابق ،ص584، و البنا، د. محمود عاطف، **العقود الادارية**، ط 1، دار الفكر العربي، 2007، ص290 وهي وما بعدها، و الفحام، **سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري**، مرجع سابق، ص 307 وما بعدها .

"ولقد ظهرت فكرة التوازن لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز، وتولي المفوض ليون بلوم صياغتها في تقريره الذي قدمه في قضية "Cie Franciise des tramways "والتي صدر فيها حكم المجلس في 11 مارس سنة 1910".[66]

حيث عرض المفوض بلوم هذا المبدأ وهو أنه إذا إنهار اقتصاد العقد من الناحية المالية، وإذا كان استعمال السلطة مانحة الالتزام لسلطتها في التدخل قد أخل بهذا التوازن بين المزايا والأعباء، أو بين الالتزامات والحقوق، فلا شيء يمنع الملتزم من الالتجاء إلى القضاء ليثبت أن التدخل كونه مشروعا بحد ذاته وملزما له، إلا أنه أصابه ضرر يستوجب التعويض، وقد عرض المفوض بلوم بأن الإدارة تستطيع فرض وتعديل التزام من جهتها يكون ملزماً للمتعاقد معها هذا من ناحية، من ناحية أخرى فإنه يؤكد على مبدأ التوازن الشريف في المقابل بمنح المتعاقد مع الإدارة حق اللجوء إلى القضاء من أجل إعادة التوازن المالي لعقده.[67]

فالقاعدة العامة في تنفيذ هذه العقود هو مرونة التزامات المتعاقد مع الادارة، وتحركها إما بالزيادة أو النقصان، إلا أن اقتصار الزيادة على التزامات المتعاقد مع الإدارة فقط، دون الإدارة يجعل العقد مغرماً له ويشكل له إجهاداً وغبناً في حقوقه.[68] وهذا الأمر يترتب عليه في حال زيادة التزامات المتعاقد مع الإدارة، أن تشمل الزيادة حقوقه كذلك، وتلك هي فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.[69]

أي أن المعادلة أن حقوق المتعاقد مع الإدارة تكون في جهة من المعاملة ويقابلها في الاتجاه الآخر التزامات الجهة الإدارية، لذا فيجب على المعادلة أن تكون دائماً في وضع توازن وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد.[70]

ويرى بعض الفقهاء "أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي مجرد توجيه عام تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد ومعاملته كظاهرة طبيعية، فالحيوان والنبات يتمدد وينكمش ولكنه يحتفظ بخواصه ومظاهره، وكذلك العقد الإداري فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي إبقاءً على خواصه

---

[66] نقلا عن، الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، ،مرجع سابق ، ص 584 .

[67] المصدر نفسه، ص 585، والفحام، **سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري**، ،مرجع سابق ، ص 307- 308 .

[68] المصري، حازم بيومي، **التوازن في العقد الاداري الدولي الفيدك ، اليونتسرال دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، 2010، ص299 .

[69] نصار، د. جاد جاد جابر، **عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقود الالتزام**، دار النهضة، ط1، ص 157-158.

[70] الحبشي، د. مصطفى عبد المحسن إبراهيم، **التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية دراسة مقارنة** ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، 2002، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 14.

الأصلية، ولا شك أن هذا التوجيه في غاية الفائدة للقاضي وسيجد نفسه مسوقاً إلى الاستهداء به في تقدير التعويض، المستحق للمتعاقد."[71]

ويرى الباحث أن العقد عبارة عن كفتي ميزان يجب أن تكونا متعادلتين، بحيث إذا زادت كفة يجب أن تزيد الأخرى، حيث إن التزامات المتعاقد في كفة وحقوقه في الكفة الأخرى فإذا زادت الكفة الأولى وجب زيادة الكفة الأخرى حتى يتوازن الميزان ويتحقق العدل.

وفي الحكم الصادر في "Cie Franciise des tramways" فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه في الحالة التي ارتبطت فيها الإدارة مع الغير بعقد، فليس لها أن تعدل تعسفيا توازنه المالي.[72]

ومن بعد ظهور فكرة التوازن المالي في العقد في فرنسا فقد أصبحت أحد المبادئ القانونية التي تحكم العقود الإدارية، ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حكمه الصادر في 1983/2/2 في قضية اتحاد النقل العام الحضري والإقليمي، والذي قرر فيه صراحة بأن حق الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة وفقاً للقواعد العامة المطبقة على العقود الادارية يقابله حق التوازن المالي للعقد. [73]

وأخذ مجلس الدولة المصري منذ بدايته وما زال يأخذ بها حتى الآن ـ فقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها أصدرته بتاريخ 1957/6/30 على هذا المبدأ،[74] وكذلك في العديد من أحكامها فقد أكدت في حكمها الصادر بتاريخ 1978/4/15 على "حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الادارة سلطتها في تعديل العقد وتحويره بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام."

وقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري وحتى هذا التاريخ.[75]

أما بالنسبة للقضاء الفلسطيني، فلم أجد أي قرار من القضاء الفلسطيني في هذا الموضوع.

---

[71] امين، د. محمد سعيد، **المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية**، دار الثقافة الجامعية،1991، ص 263 .

[72] الفحام، **سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري**،،مرجع سابق ، ص 309 .

[73] عبد الحميد، د. علي عبد العظيم عبد السلام، **أثر نظرية فعل الأمير عبلى تنفيذ العقد الإداري**، 1989، ص 91-92.

[74] حكم المحكمة الادارية العليا، في الطعن رقم 562 لسنة 16 ق، جلسة 1978/4/15 . نقلا عن، المصري، ص 305 .

[75] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الفرنسي _ الصادرة بجلسة 1956/2/4 حيث جاء فيها "وإن كان استعمال مانح إلتزام لحقه في تعديل التعرفة بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمرا مشروعاً في ذاته، إلا أن إيثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على إنقاص التعريفة خسارة، فعلى مانح الالتزام أن يعوضه عن هذه الخسارة ، اذ أن من المسلم أن للملتزم حقاً في التوازن المالي للمشروع، وأن السلطة مانحة الالتزام ملزمة برد هذا التوازن إذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلاً، وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التي تتبع لتعويض الملتزم." نقلا عن، المصري، **التوازن في العقد الاداري الدولي** الفيدك ، اليونتسرال ص 306 .

وقد أخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني بنظرية التوازن المالي للعقد في المادة 147 العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. والمادة 148 يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف.في العقود المعدة على نماذج لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية تقدم الشروط المضافة إلى تلك النماذج على الشروط الأصلية ولو لم تشطب هذه الأخيرة. وكذلك أخذ المشرع المصري بفكرة التوازن المالي للعقد وهذا واضح بالرجوع الى نص المادة 2/147 من القانون المدني المصري، وكذلك في المادة 6 من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة.[76]

أما بالنسبة لموقف الفقه حول نظرية التوازن المالي للعقد فمنهم من يجعل هذه النظرية ذات صبغة عامة أي يوجب على الإدارة أن تلتزم دائما بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها أيا كان سبب الاختلال سواءً بفعل الإدارة أو بفعل خارج إرادتها. ومن أكثر الفقهاء تبنياً لهذا المعنى هو الفقيه de SOTO [77]، بينما يرى جانب آخر من الفقه أنه يجب التخلص من فكرة التوازن المالي لأنها فكرة خطرة ومن ضمن هؤلاء الفقهاء د. ثروت بدوي[78].

أما الجانب الثالث من الفقه والذي يتمثل في د. سلمان الطماوي والذي أكد على أن نظرية التوازن المالي تحقق التناسب بين التزامات وحقوق المتعاقد زيادة ونقصان، دون وضع نسبه حسابيه صارمة بين الحقوق والالتزامات.[79]

ونحن بدورنا نؤيد رأي الفقه الطماوي لما يحققه من مرونة في التزامات المتعاقد في مواجهة الإدارة، بحيث يحفظ حق الإدارة في تعديل العقد وفقا لما يقتضيه الصالح العام والمنفعة العامة وحسن سير المرفق العام، وفي ذات الوقت يحفظ التناسب بين حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة.

---

[76] نصت المادة 147 1، العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون2 ، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. نصت المادة 6 من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام...."

[77] الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، مرجع سابق ، ص 585 .

[78] بدوي، د. ثروت ، رسالته للحصول على درجة الدكتوراه في القانون ،بعنوان **عمل الأمير في العقود الإدارية**، 1955، ص129.

[79] الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، مرجع سابق ،ص 588 وما بعدها.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لفكرة التوازن المالي للعقد

قد بينا في المطلب السابق تعريف فكرة التوازن المالي وكذلك نشأة هذه الفكرة ، وكما ذكرنا سابقاً إن فكرة التوازن المالي للعقد تكمن في الحفاظ على الحالة التي كان عليها العقد وقت التعاقد، وبقاء العقد على طبيعته على النحو الذي اتفق عليه طرفيه وقت انعقاده، مع ضرورة التعادل في الالتزامات والحقوق للمتعاقد مع الإدارة. من الحري بنا تبيان ودراسة الأساس القانوني لفكرة التوازن المالي والقواعد التي ترجع اليها هذه الفكرة وذلك على النحو الاتي :

الفرع الأول: قاعدة تعلق بالحقوق والالتزامات بالتعويض

الفرع الثاني: قواعد تتعلق بالنية المشتركة للمتعاقدين والاتفاقيات الدولية

الفرع الأول: قاعدة تعلق بالحقوق والالتزامات بالتعويض

وفق ما تم ذكره سابقاً فإن فكرة التوازن المالي في العقد تتعلق بتوازن الالتزامات والحقوق بين طرفي العقد ، وحالة الاخلال بهذه الالتزامات من أحد الاطراف دون الاخر، وكيفية الحفاظ على هذا التوازن ، فمن خلال هذا الفرع نعالج القواعد المتعلقة بالحقوق والالتزامات بالتعويض من التوازن المالي الشريف بين الالتزامات والحقوق في العقد في البند الأول، والتوازن المالي الذي يفسر استحقاق التعويض في البند الثاني على النحو الآتي :

أولاً: التوازن المالي هو التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق في العقد[80]

إن فكرة التوازن عبارة عن معادلة طرفاها حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة، فهي ليست معادلة جامدة وليست معادلة حسابية صارمة كما يحاول بعض الفقه تصويرها. ومنهم الفقه بيكينو، فقد صورها بالمعادلة التالية بأن حقوق المتعاقد التي يستمدها من العقد وقت ابرامه لأول مرة تساوي أ وأن التزاماته في ذات الوقت تساوي ب، وان نسبة حقوقه الجديدة هي - بعد الزيادة أو النقص - أ إلى التزاماته ـب يجب أن تكون هي ذات النسبة بين حقوقه والتزاماته الأصلية فتصبح المعادلة كما يلي:

---

[80] المصدر نفسه، ص658.

أ   أ -

——— = ———

ب   - ب[81]

فالمرونة التي تتسم بها فكرة التوازن المالي يتعين معها اعتبار أن فكرة التوازن المالي للعقد تهدف إلى تحقيق التوازن الحسابي بين التزامات وحقوق المتعاقدين.[82] ولكنها توجيه عام هدفه الأساسي الحفاظ على طبيعة العقد على النحو الذي اتفق عليه الأطراف وقت انعقاد العقد.

ثانياً: التوازن المالي الذي يفسر استحقاق التعويض

يرى د. سلمان الطماوي من وجه نظره أن التوازن المالي الذي يستحق الحكم بالتعويض للمتعاقد، إذا كان الضرر راجعاً إلى فعل الإدارة، على الأقل نطاق نظرية عمل الأمير، أي خارج نطاق هذه النظرية فإن فكرة التوازن المالي وحدها لا تكفي لتبرير التعويض، ومن ثم أكد على أن جواز فكرة التوازن المالي للعقد، مبدأ التعويض دون خطأ من جانب الإدارة.[83]

هناك جانب من الفقه يميز بين سبب التعويض في حالة اختلال التوازن المالي ووسيلته وأساساً الحكم فيه، فيعتبر أن اختلال التوازن المالي هو السبب لتقدير مبدأ التعويض في جميع الأحوال ،أما بالنسبة لوسيلته فيتم التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة الظروف العادية المتوقعة.

الحالة الثانية: وهي حالة الظروف الاستثنائية أو غير المتوقعة.

ففي الحالة الأولى تكون وسيلة التعويض في النصوص الواردة في متن العقد، أو تكون في دفاتر الشروط به في نصوص مراجعة المنهج المالي المستحق للمتعاقد.

أما الحالة الثانية فتتمثل في وسيلة التعويض في الاستناد الى النظريات الثلاث وهي فعل الأمير، والصعوبات المادية غير المتوقعة، والظروف الطارئة[84].

الفرع الثاني: قواعد تتعلق بالنية المشتركة للمتعاقدين والاتفاقيات الدولية

يمكن ارجاع فكرة التوازن المالي للعقد الى نية المتعاقدين المشتركة حيث ان العقد يشكل التنفيذ العملي لمبدأ سلطان الارادة وحيث ان ارادة اطراف التعاقد اتجهت الى توازن الحقوق والالتزامات في العقد فإنه والحالة هذه ينكون هي الأساس القانوني لفكرة التوازن المالي ، اما الاتفاقيات الدولية

[81] الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، مرجع سابق ، ص 658.

[82] الحبشي ،**التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية**، مرجع سابق ،ص264 .

[83] الطماوي ،**الاسس القانونية للعقود الادارية** ، مرجع سابق ،ص 658 .

[84] أمين، **المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية**، مرجع سابق ، ص 265-ص 266 .

فإنها أخذت ونصت على فكرة التوازن المالي وتعتبر جزء من الاساس والقاعدة القانونية التي يمكن ارجاع فكرة التوازن المالي لها ، وهذا ما سوف يتم بيانه في البند التالين :

أولاً: النية المشتركة للمتعاقدين:

يرجع الكثير من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة لطرفيه. إضافة الى أن مجلس الدولة الفرنسي تشير في العديد من أحكامها إلى النية المشتركة للمتعاقدين.[85] و في هذا الصدد يجب أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد.

الحالة الثانية: عدم النص صراحة في العقد على الضمان للتوازن المالي للعقد.

ففي الحالة الأولى نكون أمام تفسير لشروط العقد، أما في الحالة الثانية نكون أمام قواعد العدالة والحفاظ على الصالح العام وحسن سير المرفق العام.[86]

وإننا نرى أنه من العدل أن يعوض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار الذي تلحق به من جراء تعديل العقد بإرادة الإدارة المنفردة، سواء كان التعديل بالزيادة أو النقصان لالتزامات المتعاقد. وهذا الحق في التعويض هو لصالح المنفعة العامة والمرفق العام من أجل تمكين المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بالتزاماته، كما أن التعويض يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة دون خوف على المساس بحقوقهم في مثل هذه العقود.

ثانياً: الاتفاقيات الدولية

بينا بأن التشريع الفلسطيني والاردني والمصري وكذلك القضاء المصري والفرنسي، اضافة الى الفقه فقد اخذوا بفكرة التوازن المالي للعقد سواء في العقود الادارية ام العقود المدنية.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل أخذت الاتفاقيات الدولية بمبدأ التوازن المالي للعقد؟

بالرجوع الى الاتفاقيات الدولية نجد بأنها أخذت بهذا المبدأ[87]، حيث ورد نص في أغلب الاتفاقيات يؤكد على هذا المبدأ، وقد ورد على شكل شرط ثابت مفاده أنه في حال اذا ما حدث بعد تاريخ سريان الاتفاقية تغير في التشريعات أو اللوائح القائمة أو المطبقة، مما يكون له تأثير هام في المصالح الاقتصادية لهذه الاتفاقيات في غير صالح المقاول، فإن للمقاول الحق بإعادة التوازن

---

[85] بدوي ، **نظرية عمل الأمير في العقود الادارية** ، مرجع سابق ،ص205 .و طماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، مرجع سابق ، ص 587. مين، **المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية**، مرجع سابق ، ص 265-ص

[86] الطماوي، **الاسس القانونية للعقود الادارية**، مرجع سابق ، ص 587.

[87] اتفاقيات البحث عن البترول المبرمة بين جمهورية مصر العربية والشركات الاجنبية ومنها الاتفاقية المبرمة بين جمهورية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة ايدك كوايك وهيئة التمويل الدولية ،المنشور في الجريدة الرسمية العدد 18 تابع 5 في 1996/5/19.

المالي الاتفاقي. [88] وحيث أن إيراد نص في هذا الاتفاقيات هو منطقي ويحافظ على حقوق المتعاقد مع الادارة في التوازن ما بين التزاماته وحقوقه وهذا ما نؤيده.

[88]الحبشي، **التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية**،مرجع سابق ، ص 23 .

الفصل الأول

دور الضمانات المالية في المساهمة في حفظ التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية

تمهيد

تشتق كلمة الضمان من ضمن أي كفل الشخص وتكفله فاصبح واياه ضامنين للحق المكفول، أي بمعنى أنه مسؤول أمام القانون عن تنفيذ هذا الالتزام وما ينتج عن هذا الالتزام من اثار قانونية.[(89)]

والضمانات مصطلح أوسع شمولا من الكفالات وبخاصة في عقود الأشغال - وينطوي تحتها ما كان من الاموال المخصصة لتنفيذ المشروع من مخصصات الموازنة أو تمويل اجنبي او محلي أو كفالة أو غرامة او حسماً أو تأميناً أو أموالاً منقولة للمقاول، كالأجهزة والآليات والمعدات والسيارات ولا تنحصر الضمانات بتلك الوثيقة العقدية التي يحصل عليها الشخص أو المقاول من اي من المؤسسات المصرفية ليقدمها لجهة الادارة لغايات الدخول في المناقصة لحسن تنفيذ العقد أو لفترة الصيانة أو لمنحه سلفه أو لاسترداده جزء من المحجوزات او الكفالات الجمركية.[90]

وقد نظم كل من القانون الاردني والفلسطيني الضمانات من الناحية التطبيقية في عدة نصوص، بعضها جاء بشكل مباشر والبعض الآخر تم الإشارة اليه بشل غير مباشر في معرض العقد مثل سحب الأعمال من المقاول، ووضع اليد على الآليات والمعدات والسيارات المتعلقة بالمقاول، والبعض الآخر من الكفالات لم يوضحها النظام والقانون وانما جرى عليها التطبيق العملي مثل الحسم المالي في القانون الأردني.

إضافة إلى ذلك فإن القانون نظم أنواع الضمانات من حيث نسبتها ووقت تقديمها وغايتها واجراءاتها، ويلتزم المشارك في العطاء بالتقيد بالتعليمات التي تفرضها الإدارة في كل مرحلة وطبيعة الضمانة المطلوبة منه. كما ويلزم المشرع الأردني والفلسطيني في دفتر الشروط نصوصا تفرض تأميناً على قيمة الأشغال، وهذا يعتبر أحد أهم الضمانات المالية نظراً لأن صاحب العمل في هذه الحالة يطمئن لتقليل حجم خسارته وعدم هدر المال العام. ولم تكتف الادارة بهذا الإجراء فقط بل أوجد ضمانة لحماية المشروع والعقد وأموال الدولة عند عدم تمكن المقاول من الاستمرار في العمل، "وهي تقرير انسحابه والدخول للموقع" ووضع اليد على اليات ومعدات وممتلكات

---

(89) معجم الوسيط، الطبعة الثانية ، القاهرة، 1972 ص570 .

90 جابر ، **ضمانات المشاريع الانشائية العامة** ، ص390

المقاول، واكمال جميع الاعمال على نفقته الخاصة وفق ما تراه الادارة مناسبا، ويتسع نطاق الأموال الضامنة للمشرع في هذه الحالة بحيث تشمل جميع اموال المقاول،[91] بما في ذلك أمواله الخاصة. وإن كل انواع التأمين الأخرى مثل تأمين العمال وتامين اصابات العمل والتأمين ضد الحوادث، والتأمين ضد الحريق.

والأسئلة التي تحتاج منا اجابة في هذه الدراسة هي: ما دور هذه الضمانات المالية في حفظ التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي؟ وهل أن المشرع عندما فرض مثل هذه الضمانات هل حقق التوازن المالي المطلوب للعقد؟ وهل يحق لأي طرف من أطراف العقد استثناء اي منها؟ وما مصير العقد في حالة الاستثناء؟

للإجابة على هذه الاسئلة فقد قسمنا هذا الباب الى مبحثين وفق الآتي:

المبحث الأول: دور الضمانات الحكومية والمصرفية في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية

المبحث الثاني: دور التأمينات والضمانات الادارية في المساهمة في حفظ التوان المالي في عقود الأشغال الدولية

---

[91] المادة () من عقد المقاولة الموحد الاردني، حيث في عقود الاشغال العامة يتم الاتفاق على حسم 5% من قيمة العقد، تحسم على دفعات الصرف التي تقدم على الحساب بواقع 10% من قيمة كل دفعة، لحين استفاء النسبة المقررة وتبقى هذه الدفعات تحت رهن الادارة تستخدمها عند الحاجة. ويعتبر هذا الحسم للأموال معزز اضافي لضمان حس التنفيذ.

المبحث الأول
دور الضمانات الحكومية والمصرفية في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية

تمهيد

تعرف الضمانات المالية بأنها وسائل قانونية لحماية الأموال العامة للمشروع وحماية المشروع ذاته، وكذلك حماية أطراف التعاقد.

وعادة ما تتخذ الضمانات أشكالا مختلفة باختلاف الأوقات التي تقدم فيها واستخداماتها، حيث تبدأ من قبل الاعلان عن العطاء محل التنفيذ، وذلك لتتأكد من توفير الاعتمادات المالية المخصصات لتمويل المشروع الانشائي بشكل عام سواء من خلال مخصصات الموازنة ام من التمويل الخارجي أو الداخلي، وتستمر تلك الضمانات بطلب ضمان للدخول في العطاء، فإذا ما رست المناقصة على من هو مؤهل لتنفيذ عقد الأشغال الدولي، فانه يجب عليه تقديم كفالة حسن التنفيذ كوسيلة اساسية قانونية للحماية خلال مرحلة التنفيذ، وكذلك تستمر هذه الضمانات الى ما بعد تسليم المشروع وهي ضمانة الصيانة وعمل الناقص غير الجوهرية في المشروع.

لذا فإننا في هذا الفصل سوف ندرس الضمانات المالية من مخصصات الموازنة وكذلك التمويل الخارجي ودورها في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية، وأيضا دور المؤسسات المالية والبنوك في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية من خلال تقسيم هذا الفصل الى مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول: دور الضمانات الحكومية في المساهمة حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية.

المطلب الثاني: دور المؤسسات المالية والبنوك في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

المطلب الأول

دور الضمانات الحكومية في المساهمة حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية

يمكن تقسيم الضمانات الحكومية الى قسمين القسم الاول يتعلق بالموازنة والاعتمادات المالية في الموازنة للدولة ومخصصات هذه الموازنة لهذه المشاريع، اما القسم الثاني فيتعلق بالتمويل. يعتبر الفقه ان الضمانات الحكومية من اشمل الضمانات المالية لعقد الاشغال، حيث ان المخصصات في الموازنة العامة لكل دولة للمشاريع تكون بشكل تفصيلي وهي التي تضمن تنفيذ المشروع بالدرجة الأولى. ويأتي بالدرجة الثانية التمويل الخاص بالمشروع سواء كان التمويل من خارج الدولة او من داخل الدولة والذي تعتبر ضمانة لتنفيذ المشروع، لذا فإننا نتطرق الى دراسة هذا الدور للضمانات الحكومية من خلال فرعين:

- **الفرع الأول:** دور مخصصات الموازنة في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية
- **الفرع الثاني:** دور التمويل في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية

الفرع الأول: دور مخصصات الموازنة في حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية

إن الضمانات الحكومية تعتبر من أشمل الضمانات المالية ـ وتعتبر المخصصات المقررة بموجب قوانين الموازنة في الدولة لعقود الأشغال الدولية عادة ما تكون محددة بشكل تفصيلي اي لكل مشروع على حدى ـ وهي تكون الضامنة لتنفيذ العقد والمشروع بالدرجة الأولى.[(92)]

غير أن اعتماد الموازنة المقرر لا يعني بالضرورة إلزام الإدارة بالصرف، حيث أن للإدارة العدول عن التعاقد إذا ما رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك ـ واستنادا لذلك فإن الإدارة لا تكون ملزمة باستخدام هذا المخصص مالي الا في حالة رغبتها في استخدام هذا المخصص لتحقيق الغاية التي رصد من أجلها وهي تنفيذ عقد الاشغال، هذا من الجانب القانوني أما بالنسبة للجانب الاقتصادي في الموضوع فيقتضي مساءلة إدارية عن تقصيرها في تنفيذ عقود الاشغال والمشاريع الانشائية التي رصدت لها هذه المخصصات، سواء كانت تلك المخصصات لمشاريع جديدة او لاستكمال مشاريع سابقة.[(93)]

[(92)] عطية، محمود رياض، **موجز في المالية العامة**، دار المعارف، مصر 1969 ، ص 414 .
جامع، أحمد، **علم المالية** ، **الجزء الأول** ، **الفن المالي** ، مكتبة وهبة، القاهرة، 1965، ص 311_ 318 .
عواضة، حسن، **المالية العامة** ، **دراسات مقارنة**، دار النهضة العربية، بيروت، 1973، ص 41_ 50 .
[(93)]بركات، عبد الكريم دراز، حامد، **مبادئ الاقتصاد العام**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1973، ص 343، **المالية العامة والضرائب**، مكتبة الانجلو المصرية، 1952 .

إضافة إلى أن مخالفة الاعتمادات سواء كان بتجاوزها أو بالتعاقد رغم عدم توفرها في الموازنة العامة، يوجب المساءلة السياسية، و لا يؤثر قانونا على التعاقد من حيث صحة العقد ونافذه ـ لأنه من العدل والمنطق تعليق صحة العقد ونفذاه على صدور الاعتماد أو كفايته أو استغلال المخصص لغايته، أو عدم استغلاله، لأنه على العكس من ذلك سوف يعزف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة، الأمر الذي سوف يعطل سير المرفق العام وعدم تنفيذ عقود الاشغال والمشاريع الانشائية

ولا يستطيع المتعاقد مع الادارة اجبارها على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية مع أنها تتحمل مسؤولية عن هذا الخطأ، وعليه أن يسلك الطرق القانونية من أجل تحصيل حقوقه المالية من مستحقات له بموجب العقد وكذلك التعويض اذا عجزت الإدارة عن ذلك بسبب الخطأ التقصيري.[94] استناداً للقواعد العامة في التعويض والتي عناصرها الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.[95] باعتبار أن الخطأ هو عدم حصول الإدارة على الإذن، أو على اساس قاعدة الإثراء بلا سبب اذا استطاع اثبات أن الادارة حصلت على فائدة من جراء العقد.[96]

وعليه فإنه حري بنا أن ندرس في هذا الجزء من هذا البحث مفهوم الموازنة وتمييزها عما يتشابه بها من أنظمة في فرع أول، وأنواع الموازنات في فرع ثان، ودور اعتمادات الموازنة في حفظ التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية.

أولاً: تعريف الموازنة العامة وتميزها عما يتشابه بها من أنظمة

تمثل الموازنة الخطة التي ستعتمدها الحكومة في تحقيق سياساتها الاقتصادية والسياسية، وتنفيذ سياساتها المالية، وتساهم من خلالها في تحقيق أهدافها في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتنموية أي هي تمثل الواردات والصادرات من ميزانية الدولة، وعادة ما يتم عمل الموازنة لما هو متوقع من مصروفات ونفقات لمدة عام قادم في أغلب الأحوال، بعد أن تم تجهيز الموازنة ويتم عرضها على المجلس التشريعي والذي يمارس دوره الرقابي في إجازة أو عدم إجازة هذه الموازنة. [97]

لقد تعددت تعريفات الموازنة العامة تبعا لاختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها إليها إضافة إلى أولويات وظائف الموازنة المرتبطة أصلا بالنظم الاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة

---

[94] وهذا ما أكد عليه حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1973/11/13، مشار اليه في الطماوي، **العقود الادارية** في هامش 1 ـ ص 304 .

[95] الطماوي، **العقود الادارية**،مرجع سابق، ص 307 .

[96] مرقس، سليمان، **الاثراء على حساب الغير من تقنيات البلاد العربية**، القسم الأول، **الأحكام العامة**، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، الطبعة الثانية، 1971، ص1_ص4.

[97] جابر ، **ضمانات المشاريع الانشائية العامة** ، ص400

وبالفلسفة السياسية التي تؤمن بها، تختلف من دولة لأخرى. ويركز كل تعريف منها على ناحية معينة تختلف باختلاف الكتَّاب واتجاهاتهم الفكرية والعلمية، حيث تدور معظم هذه التعريفات ونذكر منها:[98]

"هي خطة سنوية معتمدة قانونا من قبل السلطة صاحبة الاختصاص وتتضمن مجموعة من البرامج المتعلقة بعدد من الخدمات أو النشاطات أو المشاريع التي يفترض انجازها خلال فترة محددة، بالاستناد إلى مجموعة من التقديرات المحسوبة ماليا لمختلف الإيرادات والنفقات المتعلقة بذلك"[(99)].

"هي التقديرات السنوية لإيرادات الدولة لسنة مالية معينة والمنح والمتحصلات الأخرى لها، والنفقات والمدفوعات المختلفة لتلك السنة".[(100)]

"هي تقدير مفصل معتمد من قبل السلطة التشريعية لنفقات الدولة وإيراداتها عن فترة زمنية مستقبلية غالبا ما تكون سنة 12 شهر، ويعبر هذا التقدير عن أهدافها الاقتصادية والمالية"[(101)].

من خلال التعريفات السابقة نستخلص بأن الموازنة تقوم على التقدير لإيرادات الدولة ونفقاتها عن فترة زمنية مقبلة، كما أنه يتم اعتمادها من السلطة التشريعية في البلاد الديمقراطية، وموافقة البرلمان شرطا لتنفيذها، وعند اعتمادها تصبح الموازنة قانونا، تعتبر الموازنة أداة تنسيق بين أنشطة الحكومة حيث تتضمن توزيع وتخصيص موارد الدولة المختلفة على أوجه الاستخدامات المتعددة للجهات المنفذة وذلك وفقا لحاجة كل جهة أو نشاطها وفي ضوء أولويات الإنفاق.أضف الى ذلك فإنها تعتبر الموازنة أداة مؤثرة في الحياة الاجتماعية، فهي تلعب دورا هاما في إعادة توزيع الدخل وذلك عن طريق زيادة النفقات التعليمية والصحية والاجتماعية، الموجهة للفئات ذات الدخل المحدود، أو عن طريق زيادة الضرائب على ذوي الدخل المرتفع.

والموازنة العامة بما تحويه تعتبر ذات اثار اقتصادية واجتماعية وسياسية وذلك مع تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية وأثناء التخطيط واستخدام الادوات المختلفة في التأثير على الحياة الاقتصادية - وظهرت أهمية النشاط المالي كأحد الادوات الرئيسة في تحقيق أهداف المجتمع - إضافة الى ذلك فإنها وضحت الصلة بين هذا النشاط والأوضاع السياسية الاجتماعية والاقتصادية، وعندما تقدر الدولة موازنتها يجب عليها أن تكون على إلمام شامل بكافة الآثار المتبادلة بين الظواهر المالية والظروف البيئية المحيطة.

---

[98] حجازي، محمد احمد، **المحاسبة الحكومية والإدارة المالية العامة**، الطبعة الرابعة، المكتبة الوطنية، الأردن، 1998، ص 55 .

[(99)] حجازي، محمد احمد، **المحاسبة الحكومية والإدارة المالية العامة**، مرجع سابق، ص 56 .

[(100)] حماد، أكرم إبراهيم، **الرقابة المالية في القطاع الحكومي**، جهينة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2005، ص 34 .

[(101)] البحيصي، خالد، **قواعد المالية العامة**، الطبعة الأولى، مكتبة آفاق، غزة، ص 45 .

غير أنه لابد من التفرقة بين الموازنة وبين ما يختلط فيها من مفاهيم، كميزانية المشروعات الخاصة، والميزانية الاقتصادية، والحسابات القومية والحساب الختامي وسوف نوضحها وفق الاتي:

- **أولاً: ميزانية المشروعات الخاصة**

وهي تتشابه مع موازنة الدولة في انها تعتبر تقديرا للمبالغ المنتظر انفاقها وكيفية وأوجه هذا الإنفاق وموارد هذا التحصيل خلال فترة معينة ـ وهذا يجعلهما تشتركان بأن كلا من الميزانيتين عبارة عن محاسبة توقيعيه ، لكنهما تختلفان عن بعضهما في أن موازنة الدولة تحتاج إلى اجازة واعتماد من السلطة التشريعية . [102]

- **ثانياً: الميزانية الاقتصادية**

وهي عبارة عن مجموعة التقديرات المتوقعة لكافة النشاطات الاقتصادية في المجتمع عن فترة زمنية مقبلة، وتعتبر موازنة الدولة جزءاً منها ولا تحتاج إلى اجازة أو اعتماد من السلطة التشريعية، وإن الميزانية الاقتصادية لا تحل مجل موازنة الدولة. [103]

- **ثالثاً: الحسابات القومية.** [104]

هي الدراسة الكمية للنشاط الاقتصادي الكلي للمجتمع خلال فترة زمنية مقبلة سنة غالبا ،وعادة تكون تقديرية كما في الموازنة وتختلفان في ان الحسابات القومية اكثر شمولية ، كما انها لا تحتاج الى مصادقة المجلس التشريعي .

- **رابعاً: الحساب الختامي**

وهو بيان النفقات والايرادات التي تم تحقيقها فعلا في فترة زمنية مضت ، حيث يعتبر هذا الحساب تقريرا للمدى الذي بلغته صحة تقديرات الموازنة، أما الموازنة فهي تحتوي على تقديرات قد لا تحقق على أن هناك عدة قواعد فنية تحكم الموازنة، وهذه القواعد هي مدة الموازنة وعمومتيها وتوازنها ، أي ان الاختلاف ان الحساب الختامي يحتوي على ارقام حقيقية اما الموازنة فهي تقديرية .[105]

---

[102] البحيصي، خالد، **قواعد المالية العامة**، مرجع سابق، ص 55 .
[103] حماد، أكرم إبراهيم، **الرقابة المالية في القطاع الحكومي**، مرجع سابق، ص 56 .
[104] بركات، عبد الكريم صادق، **المالية العامة**، دار ومكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1982 ، ص 90 .
[105]حشيش، عادل أحمد، **أصول العقد المالي للاقتصاد العام**، دار المطبوعات الجامعية، 1979، ص 500_505 .

وما يهمنا من هذه القواعد في اطار البحث قاعدة عمومية الموازنة ومفادها أن تعتبر في وثيقة الموازنة كافة تقديرات النفقات والايرادات العامة دون اجراء مقاصة بين الاثنين، وهذا يقودنا الى دراسة تخصيص الاعتمادات.

حيث أن السلطة التشريعية وأثناء فرض رقابتها على الإنفاق العام يجب عليها أن تجري مناقشة الموازنة فصلا فصلا بكل تفصيل يجب أن تتم مراقبته بالشكل الصحيح للإنفاق وحدوده، وان لا يتجاوز الانفاق عن الحدود المقررة، ويجوز تجاوز الاعتماد في حال الحصول على اذن بالتجاوز،عن طريق تقديم طلب الى المجلس التشريعي ويتم التصويت عليه ، وعادة ما يتم تخصيص مبلغ تقديري معين لكل مشروع ينفق منه على المشروع، ويكون الانفاق بموجب شهادات الدفع وحسب نسب الانجاز وبالعادة يتم تقدير مخصصات الموازنة لمشاريع الاشغال استناداً الى دراسة مسبقة ومعدة من الجهة المعينة استنادا الى جملة الدراسات المتعلقة بالمشروع وعادة ما تتنوع الموازنات، فهناك الموازنة الثابتة وهناك الموازنة المرنة .[106] والتي سوف نقوم بدراستهما من خلال الفرع التالي :

ثانياً: أنواع الموازنات.

تتنوع الموازنات في الدولة فمنها يكون ثابتا بحيث تخدم مستوى واحد من مستويات التقدير، ومنها ما يكون مرنا بحيث تخدم مستويات مختلفة من التقدير و سوف ندرس كل واحدة منها وفق الآتي :

- **أولاً :الموازنة الثابتة**

وهي التي يتم اعداها لمستوى واحد من مستويات النشاط أو التشغيل ، وهو المستوى المتوقع للفترة القادمة ، الا ان هذا النوع من الافادة لا يحقق الا فائدة محددة في مجال رقابة الموازنة كونها لا تمييز بين اسباب الانحرافات في الفترات المختلفة . وقد تؤدي الى نتائج مضللة عندما لا يكون التقدير قد تم بما يتلاءم والواقع التنفيذي للمشروع.[107] كتقدير كلفة المشروع على سبيل المثال بمبلغ مليون دينار اردني، ثم يظهر عند التنفيذ أن الكلفة حوالي سبعمائة الف دينار اردني، وهذا يعتبر دليل على أن هناك تحسناً في الأداء والكفاءة الفنية للعاملين بسبب نقصان الكلفة . الا

[106] توفيق، جميل احمد، **اساسيات الادارة المالية**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص 144 _ص145 .
[107] رمضان، زياد، **اساسيات التحليل المالي في المنشآت التجارية والصناعية والخدماتية**، تحليل ومناقشة الميزانيات، الطبعة الرابعة، ، دار وائل للنشر، الاردن، 1997ص 205 .

أنه يعد مؤشرا على التدني بمستويات الانتاج واستعمال مواد اقل كفاءة ـ لذلك فيجب أن تكون الدراسة وافية ومفصلة غير معتمدة على الأرقام المجردة .[108]

- **ثانياً: الموازنة المرنة .**

فهي تحتوي على تقديرات مستويات متعددة لتنفيذ المشروع ، حتى يتم تحديد الكلفة التقديرية لمستوى التشغيل الفعلي، حيث يتم عدة مستويات التشغيل المشروع في العادة، وعادة ما يتم إعداد الموازنة وفقاً هذه التقديرات وفقاً لمدى المتغيرات التي متوقع حدوثها خلال فترات الزمنية القادمة، وتأخذ علاقة مقارنة ما بين عناصر الكلفة المتغيرة والنشاط ، ومستويات الرواج والكساد والاستقرار الاقتصادي.[109]

وتعتبر الموازنة المرنة أكثر دقة من الموازنة الثابتة، لأنها تأخذ بعين الاعتبار المتغيرات والظروف الطارئة والخارجية والاوضاع الطبيعية، واسباب الاختلاف في الكلفة التي قد تنشأ بين الموازنة الاصلية والكلفة الفعلية.

ثالثاً: دور الموازنة في المساهمة في حفظ لتوازن المالي في عقود الاشغال الدولية .

قد نظم المشرع الاردني تخصص اعتمادات بالمشاريع الانشائية وعقود الأشغال بالنص عليها في قانون الموازنة العامة او بنظم الاشغال الحكومية او ببلاغات الرئاسة.

حيث اشترطت المادة 6 / أ من نظام الأشغال الحكومية لعام 1986على ضرورة توفير المخصصات المالية لطرح أي عطاء، فإذا لم يكن هناك تخصص مالي يوجب وجود التزام مالي من قبل مجلس الوزراء، وقد فوض وزير المالية بذلك اضافة الى أن قانون الموازنة لعام 2017 بين طريقة صرف هذه المخصصات .

حيث لم يجز القانون استعمال هذه المخصصات لغير الاغراض المحددة لها.[110] ولم تسمح بتجاوز هذه المخصصات أيضا.[111] ومنعت المادة طرح أي عطاء تزيد كلفته عن الاعتمادات المرصودة والمخصصة لها بموافقة وزير المالية بناء على تنسيب مدير الموازنة العامة.[112]

ولعل العبرة من تخصيص الاعتمادات المالية وعدم تجاوزها هو الوصول بالمشروع الى عجز مالي يصعب تداركه، الامر الذي يؤدي الى وقف تنفيذ المشروع.

---

[108] رمضان، زياد، مرجع سابق، ص207 .
[109] رمضان، زياد، **اساسيات التحليل المالي في المنشآت التجارية والصناعية والخدماتية** ،مرجع سابق، ص209 .
[110] المادة 6/م من قانون الموازنة لعام 2017
[111] المادة 6/هـ من قانون الموازنة لعام 2017.
[112] المادة 6/و من قانون الموزاية لعام 2017.

وقد عالج القانون بشكل متكامل تخصيصات الموازنة وفرض رقابة مشددة على الانفاق، وفرض ضمانات على المقول من اجل حماية المشروع وامواله ومعداته، وقيد الاوامر التغيرية التي ممكن أن تصدر من الادارة واعتبرها استثناءً على الاصل، واوجب دفع الثمن عنها للمقاول .

وكل ما ذكر سابقا من نصوص تشريعية تتعلق بالموازنة واعتمادات مخصصات المشاريع نجد أنها تعد الضمانة الاولى للمشاريع المنفذة بموجب عقود الاشغال، حيث أنها تعتبر حجر الاساس لهذه المشاريع، وتتثمل بشمولها، وان تنظيم المشرع لها والزام الادارة بعدم تجاوزها يعتبر بحد ذاته ضمانه للمشروع وللعقد، الامر الذي يحفظ التوزان المالي للعقد .

الفرع الثاني: دور التمويل في المساهمة في حفظ التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية.

يشكل التمويل والمال عنصراً أساسياً وركيزة بالغة الأهمية في عقود المشاريع الإنشائية، شأنه من شأن باقي القطاعات الاقتصادية الأخرى. فالدولة أثناء قيامها بوظائفها فهي تحتاج الى موارد مالية لتغطية نفقاتها العامة، وعادة ما يكون ذلك وفقاً لسياسة مالة معينة تتماشى مع حقيقة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية التي تسودها في مرحلة من مراحل تطورها.

وتعتبر الايرادات العامة الوسيلة التي من خلالها تعمل الدولة على اداء دورها في تحقيق المنفعة العامة والاشباع العام، كما أنها تعتبر الاداة التي من خلالها التوجيه الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع.[113]

وحيث أن التمويل وفقاً لمفهومه الحديث يعني الاقتراض من أجل اقامة المشاريع التنموية، وفقاً لاستراتيجيات الدولة في الاقتراض الخارجي. و تستند هذه الدراسة العلمية الموضوعية للمشاريع التي تمول بحيث تكون الدولة قادرة على خدمة دينها والوفاء بالتزاماتها ذاتياً. وحتى تكون دراسة التمويل مجدية لابد بداية من تعريف القرض العام والتمويل وكذلك لا بد من بيان مميزات التمويل ودوره في حفظ التوازن لمالي لعقود الأشغال الدولية . من خلال اللبنود التالية .

أولا: تعريف التمويل .

التمويل الدولي والاقراض عرف منذ قديم الزمان والازل في القوانين المختلفة مثل القانون الهيلينستي والقانون الروماني والقانون المصري القديم، وكان عقد القرض يرد اما على النقد او

(113) حشيش، عادل، **أصول الفن المالي الاقتصادي العام**، مرجع سابق ،ص415.

على الاموال المثلية بفائدة او بدون. وفي القانون المصري كان تحديد الفائدة يتم بأمر ملكي وكانت تصل الى 24% في السنة وكان هذا الارتفاع في الفائدة ناتج عن قلة النقد، وكان ينص على الفائدة في العقد .[114]

يعتبر القرض العام وهو مصدر من مصادر التمويل، لقد تعددت تعريفات القروض العامة" الدين العام "تبعا لاختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها إليها ومن هذه التعريفات":الرصيد القائم للالتزامات المالية الحكومية غير المسددة والمترتب عليها دفعه تسديداً لالتزاماتها"[115]

"هو مبلغ من المال تحصل عليه الدولة والهيئات العامة من الجمهور أو المصارف أو غيرها من المؤسسات المالية الوطنية أو الأجنبية أو الدولية مع الالتزام برد المبلغ المقترض ودفع الفوائد . طول مدة القرض وفقا لشروطه"[116]

"هو أي مبلغ من المال تستدينه الدولة من المقترضين سواء كانوا أجانب أو مواطنين وسواء كانوا أفراد أو مصارف أو غيرها من المؤسسات المالية وغير المالية نظير أن تتعهد الدولة برد أصل .القرض ودفع الفوائد المستحقة خلال مدة القرض"[117]

فهو "عبارة عن مبلغ من المال تحصل عليه الدولة عند طريق الالتجاء الى الغير، الأفراد أو المصاريف او غيرها من المؤسسات المالية مع التعهد برد المبلغ ودفع الفوائد عن مدته وفقاً للشريعة، والقرض العام يعتبر احد ايرادات الخزينة العام كغيره من الايرادات كالضريبة، الا أن لكل ايراد من ايرادات الدولة ، طبيعته وخصائصه.[118]

ولما للقروض من مظاهر خطيرة على سيادة الدولة على المجتمع والأجيال القادمة ولمدة طويلة فإنها يجب أن تقدر بقدرها ولا يجوز ذلك الالتزام بأي مبلغ يزيد على الاعتمادات .[119]

ثانياً: مميزات وصفات التمويل .

يمتاز التمويل الدولي بعدة صفات ومميزات فهو عادة ما يكون مشروط بشروط معينة ، وعادة ما يوافق طالب التمويل على الالتزام بالشروط التي ينص عليها العقد وذلك في موقف ضعف وعادة ما تكون جميع صيغ العقود الي يفرضها المانحون ويضعون شروط تضمن لهم الوصول الى الغايات التي تستهدف الوصول اليها . مثل تحديد واختيار المقاول والمكاتب الاستشارية ، و ما يتم

[114] حفناوي عبد الحميد محمد، **تاريخ القانون المصري** ، دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، 1987، ص84_ص87.
[115] لبحيصي، خالد، **قواعد المالية العامة** ، مرجع سابق ، ص 63.
[116] بركات ، مرجع سابق ،ص 78 .
[117] بدوي، محمد وديع، دراسات مالية في المالية العامة، دار المعارف مصر،1966 ، ص26_ص268
[118] شفير، محمد لبيب، **علم المالية العامة**، مكتبة النهضة، العربية، القاهرة، 1975، ص279_ص282
جامع أحمد، **علم المالية العامة**، الجزء الأول، الفن المالي ، مكتبة ..... ، القاهرة، 1965 ص26_ص271.
البتلاوي حازم، **النظرية النقدية، مقدمة في دراسة الاقتصاد المجتمعي**، مطبوعات في قسم الكويت 1971، ص51_ص58.
المادة 3 من قانون الموازنة الاردني للسنة المالية 1999، ص1_ص13.

اختارهم من جنسية بلد الممول ، وهو بذلك يعمل على عدم وجود منافسة اجنبية وتخلق كذلك اسواق لمجموع النشاطات الاقتصادية القائمة ببلده، وهو كذلك يعيد الاموال التي اقرضها الى الجهات الاقتصادية العاملة في بلده أي أن المال يدور بحلقه مغلقة ، بحيث يتم اعادة المال الى مصدره .[120]

وهناك آثار اقتصادية غير مباشرة على الصعيد الاقتصادي للتمويل الدولي، وتتمثل هذه الآثار في أن القطاع الصناعي في البلد الممول يستفيد بوجود اوراق من اجل ترويج منتجاته الامر الذي يساعد بطبيعة الحال على نموه وازدهاره ،كما أنه عل الصعيد الاجتماعي يساعد على تشغيل العمال المكثف في مختلف النشاطات والمستويات وعلى توفير الشغل توفيرا كاملا وكذلك يساهم على الصعيد التكنولوجي، فان مقاولات الاقطار الممولة تتخذ من الاسواق الخارجية المعقدة التي تعترض طريقها مجالات لا ج[121]راء تجارب جيدة تتغلب بها على الجوانب المعقدة التي تعترض طريقها اثناء تنفيذ مشاريعها.

أضف الى ذلك أن هذا التمويل يساهم اقتصادياً ويسمح باستفادة لجميع الفروع من التمويل الممنوح في جميع الاصعدة ، وان الفوائد وعلى المدى الطوي تساهم من جديد في نتيجة الهيكلية الاقتصادية في الدولة .[122]

ثالثاً: دور التمويل الدولي

وقد مر التمويل بمراحل تطور عديدة، ونتيجة لتضاعف النمو الاقتصادي العالمي بسرعة وتعددت الاختراعات ودخلت المنجزات التكنولوجية مختلف الميادين، وتمت بدورها المؤسسات التمويلية وتعددت الا ان جميع المؤسسات الدولية تعتبر تابعة للبنك الدولي، كما أنها تلعب دور سياسي رغم ادعاء الحياد وتطبيق سياسية انمائية غير بريئة .

وعادة ما تلجأ الدول الى التمويل الدولي في حالة وجود عجز في الموازنة وهذا ما نصت عليه القوانين المحلية وقد نصت المادة 5 من قانون رقم 7 لسنة 1998 بشأن الموازنة العامة والشؤون المالية الفلسطيني على ما يلي :" يحدد قانون الموازنة العامة وسائل استخدام فائض الموازنة وتمويل العجز ويمول عجز الموازنة العامة بتخفيض النفقات أو زيادة الايرادات أو بواسطة اقتراض محلي او خارجي ."

---

[120] اشتية، حمد، وآخرين،**القروض الأجنبية ودورها في التنمية الاقتصادية في فلسطين**، بكدار الطبعة الثانية.2002 ، ص 25.
[121] أبو صطفى، محمد مصطفى، **دور وأهمية التمويل الخارجي في تغطية العجز الدائم لموازنة السلطة الوطنية الفلسطينية** ، رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ،غزة ، 2009 ، ص 77،78 .
[122] الراوي، خالد رجب ،**نظرية التمويل الدولي**، دار المناهج للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر. ،2002 ، ص 29 .

وقد نص قانون الموازنة الاردني لسنة 2017 في المادة 5 النص على تخصيص المنح والمساعدات المالية والقروض الائتمانية المتعاقد على تمويل مشاريع محددة في القانون ، و يستثنى من ذلك اتفاقيات المنح الفنية التي خصصت اموالها لنشاطات اقتصادية محددة تتفق حسب نصوص الاتفاقية ."

ويمكن التطرق الى مؤسسات التمويل الدولي وتقسيمها فق الآتي :

أولا :المؤسسات الدولية وعددها أربعة مؤسسات وهي البنك الدولي للإنشاء التعمير ، ومؤسسة التمويل الدولي ، والمؤسسة الدولية للتنمية صندق النقد الدولي .

ثانيا : المؤسسات الاقليمية أو القارية . وهي خمس مؤسسات وفق الآتي:

بنك الامريكيتين .

بنك التنمية الآسيوي .

بنك التنمية الافريقي .

بنك الاستثمار الاوربي .

البنك الاسلامي للتنمية .

ثالثا : المؤسسات العربية .

وهي عبارة عن مجموعة من المؤسسات تعرف بمؤسسات التنمية العربية الوطنية الاقليمية ، وتضم عشر مؤسسات من بينها ثلاث مؤسسات متعددة العضوية وهي الصندوق العربي ، المصرف العربي ، وصندوق الاوبيك .

اضافة الى ست مؤسسات قطرية هي الصندوق الكويتي ، الصندوق السعودي ، والصندوق العراقي ، والصندوق الوطني ، والشركة الليبية للاستثمارات الخارجية ، حساب حكومة قطر للتنمية . [123]

ومن ذلك كله نستخلص أن التمويل يكون ضمانة من أجل تنفيذ عقد الاشغال حيث يشكل أحد الضمانات الرئيسية للتنفيذ .

[123] أبو صطفى، محمد مصطفى، **دور وأهمية التمويل الخارجي في تغطية العجز الدائم لموازنة السلطة الوطنية الفلسطينية** ، رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ،غزة ، 2009 ، ص 220

المطلب الثاني

دور البنوك والمؤسسات المالية في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال

كما ذكر سابقا فانه في حالة وجود عجز في الموازنة فانه يحق للإدارة ان تلجأ للقرض المحلي من اجل اتمام نقص التمويل في الموازنة لتمويل أي من عقود الاشغال[124] وعادة ما يتم الاقتراض من البنوك الكبرى العاملة في الدولة . وانها بهذا تحقق التوازن المالي المطلوب لعقد الاشغال. هذا من جهة الادارة.

أما من جهة المقاول ونظراً لطبيعة وكمية الاعمال الواجب القيام بها من حيث أهمية المشاريع وحجمه وطرق واجراءات الدفع التي تتسم بالبطيء فإن المقاول بحاجة الى اللجوء الى البنك من اجل تغطية هذه المشاريع وهو بذلك يحافظ على التوازن المالي للعقد وتغطية النفقات المطلوبة من اجل سير المشروع وضمان استمرار العمل فيه وبالتالي سير المرفق بانتظام واضطراد وذلك من خلال طلب تمويل من البنك. ويمكن اللجوء الى البنوك من اجل ضمان الالتزام بالمناقصة التي تقدم اليها من ارساء عطاء المشروع عليه وكذلك يضمن البنك قيام المقاول بحسن التنفيذ بالعقد وفق ما تم الاتفاق عليه وكذلك ضمان اتمام العمل والصيانة وأهم هذه العمليات البنكية خطابات الضمان والتي سوف ندرسها من خلال الاتي:

- **الفرع الأول: خطابات الضمان البنكي وأطرافه وخصائصه**
- **الفرع الثاني: انواع خطابات الضمان في عقود الاشغال الدولية**

الفرع الأول: خطابات الضمان البنكي وأطرافه وخصائصه

احتلت خطابات الضمان مكانة مهمة في كافة المجالات الاقتصادية بشكل عام وفي مجال المقولات وعقود الأشغال الدولية الفيدك بشكل خاص باعتبارها بديلاً لوضع مبلغ نقدي من المقالات تحت يد صاحب العمل لضمان بداية جدية دخول العطاء المناقصة وحسن تنفيذه للعقد ولضمان صيانة واصلاح العيوب خلال مدة الصيانة وبعد اصدار شهادة للتسليم النهائي، وكذلك يعد ضماناً لاسترداد صاحب العمل الدفعة النقدية التي دفعها مقدماً، في بداية المشرع، اضف إلى ذلك ضمانا لاسترداد الياته التي اعارها صاحب العمل للمقاول، إن كان قد اعاره اياها، ونظراً لما يحققه خطاب الضمان من مزايا متعددة لكافة أطرافه ولأهميته في عقد الاشغال الفيدك فإننا سوف نقوم

---

[124] المادة 5 من قانون رقم 7 لسنة 1998 بشأن الموازنة العامة والشؤون المالية الفلسطيني و قانون الموازنة رقم 2 الاردني لسنة 1999 في المادة 4-أ

بدراسته في هذا المطلب من خلال اربعة فروع، الأول نعرض فيه تعريف خطاب لضمان والثاني نعرض فيه أطراف خطاب الضمان وأهميته بالنسبة لكل طرف، والثالث نعالج فيه خصائص خطابات الضمان وتمييزه عما يتشابه من عمليات مصرفيه والرابع تمييز خطاب عن بعض الأنظمة المشابهة.

أولا: تعريف خطاب الضمان

حتى يتسنى الدخول للموضوع الأساسي وهو دور خطابات الضمان في حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال الدولي فإننا يجب أن نعرف خطابات الضمان بداية سنقتصر في تعرف خطاب الضمان على التعريف الفقهي والقضائي وذلك لعدم وجود تعريف له في التشريع الاردني ولم ينظم أي من احكامه.

ويعرف خطاب الضمان بأنه " تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب شخص يسمى الآمر بشان عملية محدده أو غرض محدد يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث المستفيد مبلغا معيناً أو قابل للتعيين من النقود عند أول طلب من قبل المستفيد سواء كان طلباً مجرداً أو مبرراً مصحوباً بتقديم وثائق محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال فترة المعينة في الخطاب دون اعتداد بأية معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن" (125)

اما عن الوضع في التشريع الأردني فلم يعرف قانون التجارة الأردني خطاب الضمان ولم يرد تعريفه في أي قانون آخر، الا أن محكمة التمييز الاردنية تصدت لهذا الموضوع وعرفته بأنه:**"** تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب من عميله بدفع مبلغ نقدي للمستفيد فور طلبه خلال مدة محددة، ويكون تعهد البنك منقطع الصلة بالتزام العميل الآمر ومديونيته، لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمستفيد علاقة مباشرة لأصله لها من الناحية القانونية بين البنك والعميل، وبين العميل والدائن والمستفيد.**"** (126)

أما المشرع الفلسطيني فقد عرف خطاب الضمان في مشروع قانون التجارة الفلسطيني على النحو التالي **:"** تعهد كتابي يصدر من المصرف بناءً على طلب يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل

[17] عوض ، علي جمال الدين ، **خطابات الضمان الصرية** ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ،1991 ، ص4.

(126) تمييز حقوق 98/1776، ، المنشور في عدد مجلة نقابة المحاميين الاردنيين لسنة 2000، ص312 . و تمييز رقم 98/2077 المنشور في عدد مجلة نقابة المحاميين الاردنيين لسنة 1999، ص3795 ، وتمييز رقم 96/1522 المنشور في عدد مجلة نقابة المحاميين الاردنيين لسنة 1997، ص 3513.

للتعين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة بالخطاب دون اعتداد بأية معارضة."[127]

فيما يلي بعض التعريفات التي اوردها الفقه حيث يعرفه مصطفى كمال طه بأنه " تعهد كتابي يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الامر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد، إذ طلب منه ذلك خلال فترة المعينة في الخطاب دون اعتداد بأية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون "[128]

وقد عرفه الدكتور علي جمال عوض "خطاب الضمان أو خطاب التعهد كما تسميه بعض البنوك، هو تعهد مكتوب يصدره أحد البنوك بناء على طلب عملية بصدد عملية أو غرض محدد ويلتزم بموجبه أن يدفع لصالح طرف ثالث مبلغ معينا من النقود عند أول طلب يتلقاه من هذا الطرف خلال أجل سريانه وذلك رغم آية معارضة قد يحتج بها العميل المضمون"[129]

من خلال التعاريف السابقة نجد أنه يجب أن تتوافر شروط لخطاب الضمان وهي تحديد مبلغ الضمان ومدة الضمان وهذه تعتبر شروطا وعناصر اساسية لوجود خطاب الضمان .[130]

وبعد أن عرفنا خطاب الضمان سوف نعرض في المطلب التالي الى أطراف خطاب الضمان وأهميته .

ثانياً: أطراف خطاب الضمان وأهميته بالنسبة لكل طرف

تقوم خطابات الضمان بدورها في الحياة الاقتصادية سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي إذا تحل محل التأمين النقدي الذي يطلب تقديمه في مجال عقود التوريد والأشغال العامة والدولية وغير ذلك من المجالات، فلا يكاد تخلو عقود من هذه العقود على اختلاف أنواعها من شرط يطلب من كل من يريد التعاقد مع جهة في هذه ان يقدم مع عطائه تأميناً يوازي نسبة معينة من مجموع قيمة العطاء لضمان جديته، كماً يتطلب التأمين النقدي في حالة قبول العطاء إذ يتعين على

---

[127] مشروع قانون التجارة الفلسطيني .لعام 2003 .

[128] طه ،مصطفى كمال: **عمليات البنوك**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر ،2005 ،ص 21 2 . عوض ،علي جمال الدين ، **خطابات الضمان المصرفية** ، دار النهضة العربية ، مصر ،2000 ،ص11

[129] طرابلسي، عماد الدين، **خطاب الضمان البنكي**، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق جامعة قاصدي مرباح - ورقلة - 2015 ، ص 7.

[130] لمزيد من التفصيلات حول شروط خطاب الضمان ، راجع عوض ،علي جمال الدين ، **خطابات الضمان المصرفية** ، دار النهضة العربية ، مصر ،2000 ،ص11

الكيلاني ، د. محمود ، **الموسوعة التجارية والمصرفية** ، **عمليات البنوك** ، مجلد 4، ط ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2014 ، ص 301- 400 . مصطفى كمال طه: **عمليات البنوك**، المرجع السابق ص 221 -245 .

كل من يرسو عليها العطاء أن يقدم هذا التأمين بما يوازي نسبة معينة أيضا من مجموع قيمة العطاء وذلك ضمانا لحسن تنفيذ التزاماته. [131]

من هنا تنشأ الحاجة إلى خطاب الضمان بدلاً من اضطرار الشخص المطلوب منه الضمان إلى تقديم ضمان نقدي إلى الجهة طالبة الضمان سواء عند تقديم العطاء وسمي بخطاب الضمان الابتدائي أما عند رسو العطاء يسمى "بخطاب الضمان النهائي[(132)]"

ويجب الاشارة الى أهمية خطاب الضمان لكل طرف من اطراف العقد واثره في تحقيق التوازن المالي للعقد وفق الاتي:

أ) أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل

تكمن أهمية خطاب الضمان في أن العميل يستطيع توفير أمواله وبالتالي استغلالها في أي مجال بالإضافة إلى أنه يمكنه التقدم في المناقصات المزيدات في حالة عدم توافر الموال اللازمة لديه.[(133)] كما أن خطاب الضمان يوفر على العميل السعي إلى استرداد قيمة التأمين النقدي. إذ كثيرا ما تطول أن تتحقق إجراءات استرداد هذا التأمين.

ويستطيع العميل المقاول، عدم تجميد قيمة التأمين لدى الجهة الإدارية المتعاقدة معه مدة طويلة ويمكنه استثماره في أوجه استثمارات أخرى وهو يدفع عمولة للبنك مقابل إصداره لخطاب التأمين النقدي من البنك.

وفي حالة ما إذا كان العميل المتعاقد مع الجهة الادارة مقيما في الخارج فإن خطاب الضمان يغنيه عن تحويل العملات الاجنبية الموازية لقيمة التأمين الواجب إيداعه لدى خزينة الجهة الإدارية ثم إعادة تحويلها ثانية عند انتهاء العملية أو عدم رسو العطاء وما يترتب على ذلك من آثار مالية نتيجة تغير أسعار الصرف في الفترة ما بين تقدم التأمين وسحبه وصعوبة تحديد الطرف الذي يتحمل هذه الخسارة إن وجدت ومصاريف البنك وخلافه وهذا علاوة على ما يؤديه خطاب الضمان من هذه الحالة من تفادي الإجراءات الطويلة بتعليمات الرقابة على النقد.[(134)]

تتصف عملية إصدار خطاب الضمان بالمرونة بالنسبة للمتعاقد الأجنبي خاصة بالنسبة لخطاب الضمان الابتدائي وهي التي تقدم لضمان جدية مقدم العطاء فالمقاول أو المورد الأجنبي قد يفضل إرسال عطائه في المناقصات العامة المفتوحة قبل موعد فتح المظاريف بفترة وجيزة حرصا على

---

[131] د محمود الكيلاني ، **عمليات البنوك** ، مرجع سابق 358_360.

[(132)] طرابلسي، عماد الدين، **خطاب الضمان البنكي**، مرجع سابق ص15.، د محمود الكيلاني ، **عمليات البنوك** ، مرجع سابق 358_360.

[(133)] القيلوبي ، سمحية ،**شرح قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 العقود التجارية وعمليات البنوك** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سن 2000 ، ص 730 .

[(134)] عبد الحميد الشواربي، **عمليات البنوك**، نشأت المعارف للنشر، مصر ،2002 ،ص389.

عدم تسرب أسراره إلى بقية المتناقصين وليتمكن من دراسة الموقف دراسة دقيقة تبعا لمستوى الأسعار المقدمة.

فيلجأ المتعاقد الاجنبي إلى أحد مراسلي البنوك الذي يتعاقد معه في الخارج الذي يقوم بدوره بإرسال برقية موضح بها شروط الضمان والرقم السري المتعارف عليه بين البنك ومراسله.

وتجدر الإشارة إلى أن عملية إصدار خطاب الضمان كثيرا ما تتضمن تسهلا ائتمانيا يمنحه البنك لعملائه. [135]

ذلك أن البنك يكتفي بمطالبة عميله بتقديم غطاء جزئي مقابل الضمان وديعة نقدية أو عينية بحيث يبقى جزء من قيمة الضمان مكشوف كما قد يصدر البنك الخطاب المكشوف اكتفاء بثقته في العميل وسمعته المالية المليئة. وهنا يعتبر إصدار خطاب الضمان بغطاء جزئي أو على المكشوف تسهيلاً ائتمانيا, وتجدر الاشارة الى أنه وان كان خطاب الضمان يقوم مقام التأمين النقدي الا أنه ليس أداة وفاء كالشيك، كما أنه ليس ورقة تجارية كبقية الأوراق التجارية فهو أداة ضمان من طبيعة خاصة ذلك أن طبيعة تختلف كما سنرى عن طبيعة الشيك أو غيره من الاوراق التجارية إذ أنه لا يجوز للمستفيد منه تظهيره لغيره أو التنازل عنه الى شخص آخر. [136]

ب) أهمية خطاب الضمان بالنسبة للبنك

لا جدال في أن البنك مصدر خطاب الضمان يستفيد أيضا من إصداره لمثل هذه الخطابات فالبنك يتقاضى عمولة من عميله مقابل إصدار هذا الخطاب وتتناسب هذه العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان عنها[137] . كما أن غطاء خطابات الضمان تزيد من ودائع البنك حيث يحتفظ بها حيث انتهاء مدتها.

وخطابات الضمان لا تسدد قيمتها للمستفيد في أغلب الاحوال ولا تكلف البنك في إصدارها النفقات إدارية إذ ما قورنت بالعمليات المصرفية الأخرى مثل فتح الحسابات الجارية وتقديم القروض ...الخ .كما لا يتحصل البنك في النهاية خسارة إذا دفع قيمتها إذ يحتفظ البنك عادة بغطاء ويأخذ على العميل تعهدات كافية تضمن له سداد القيمة ورجوعه على العميل، هذا فضلا عن أن كل أموال العميل لدى البنك تكون ضامنة لتصرف البنك.[138]

بالإضافة إلى ما تقدم فإن البنك يهدف من وراء إصدار خطاب الضمان لتحقيق هدف وهو خدمة عملائه الذين تربطهم به علاقات مصرفية أخرى أكثر ربحا للبنك مثل فتح الحسابات الجارية

---

[135] د محمود الكيلاني ، **عمليات البنوك** ، مرجع سابق 359.

[136] الشواربي، عبد الحميد ، **عمليات البنوك**، مرجع سابق ، ص 370.

[137] د محمود الكيلاني ، **عمليات البوك** ، مرج سابق ،ص 358

[138] القيلوبي ،سميحة .، **الأسس القانونية لعمليات البنوك** ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ص 135

والاعتمادات وتقديم العروض فالبنك بهذه الخدمات وغيرها إنما يقوم بعمل متكامل لصالحه وصالح العملاء مما يترتب عليه جذب العملاء .

إلا أن الخطر الأساسي الذي يحيط بعملية خطاب الضمان المصرفي يتجسد في الطلب الذي لا يبنى على أساس والمبني أحيانا على الغش وتدليس المقدم هذا المستفيد بالوفاء بقيمة الضمان فالكفيل ولو متضامن يستطيع التمسك بالدفوع للمدين عكس الحال بالنسبة للضامن الذي يلتزم بالدفع عند مطالبته وعلى الرغم من معارضة العميل.[139]

جـ) أهمية خطاب الضمان بالنسبة للمستفيد

إن عملية إصدار خطابات الضمان تستفيد منها الجهات المستفيدة ذاتها أي أنها تعود بالفائدة على المستفيد.[140] فصدور خطاب الضمان من البنك معتمد يعد ضمان كافيا من وجهة نظر هذه الجهات المستفيدة منه لا تقل في أنها تتطلب في خطاب الضمان شروط تجعله قابل للدفع من عما يؤديه التأمين النقدي المودع عليها وخاصة جانب البنك دون قيد أو شروط أو حتى رغم اعتراض العميل وقبول الجهات المستفيدة لخطاب الضمان يجعلها عادة سحبها في نهاية المدة التي قد تقصر أو في الواقع تتجنب المشاكل التي قد تنتج عن إيداع المبالغ لديها أو تطول حسب نوع كل عملية على حدى. ولا تخفى أن قبول خطابات الضمان بدلاً من التأمين النقدي من الجهات المستفيدة يشجع الموردين والمقاولين على التقدم إلى المناقصات التي يعلن عنها للمزايا التي تحققها خطاب الضمان لهم من عدم ضرورة إيداع مبالغ نقدية وتعطيلها عن الاستثمار أو الاقتراض من البنك بفائدة مرتفعة مما يترب عليه الحصول الجهة المستفيدة إلى أفضل الشروط وأرخص الأسعار.

وتتضح أهمية عملية إصدار خطابات الضمان وفائدتها الاقتصادية كلما كان العميل أجنبي عليه تحويل عمولة البنك بالعملات الأجنبية مما يستبع زيادة رصيد الدولة من العملات الحرة.

بعد بيان أهمية خطابا الضمان سوف نتطرق لدراسة خصائصها وفق الاتي:

ثالثاً: خصائص خطابات الضمان وتمييزه عما يتشابه به من عمليات مصرفية

1) خصائص خطاب الضمان

بعدما تطرقنا فيما سبق إلى تعريف خطاب الضمان البنكي وأهميته سوف نقوم باستنتاج أهم الخصائص أو المظاهر الدالة عليه:

---

[139] طرابلسي ، عماد الدين، **خطاب الضمان البنكي**، مرجع سابق ص 12.

[140] الشواربي،عبد الحميد ، **عمليات البنوك**، مرجع سابق ، ص 372.

اولا: يعد خطاب الضمان البنكي عمل تجاري باعتبار أن البنك هو مصدر الخطاب إذ تعد جميع أعمال البنك تجارية ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر. [141]

2) التعهد بخطاب الضمان ينصب على دفع مبلغ معين من النقود أو للتعيين كما هو حالة تعيينه بالحد الأعلى لما يلزم العميل الآمر بضمانه بالعملة المتفق عليها بقدر ما تسمح بذلك الأحكام الخاصة بالتعامل بالعملات الأجنبية في كل بلد.[142]

3) يتحدد خطاب الضمان بالمدة المعينة فيه التي تقتضي بانقضائها التزام المصرف المتعهد تجاه المستفيد، في خطاب الضمان يمتاز بالفورية كخاصية ملازمة له لأن المستفيد بقبوله لخطاب الضمان يتمتع بميزة السداد الفوري وعلى ذلك يدفع البنك مبلغ الخطاب إذا طلب منه دون مناقشة للمستفيد في مدى قيامه بتنفيذ التزاماته قبل العميل إلا إذا كان خطاب الضمان مشروط أي نص إلى عدم الدفع إلا عند شرط معين. وعلى هذا الأساس لا يستحق خطاب الضمان في تاريخ الحق إصداره ما يعني أنه مستحق الأداء فور صدوره، وتبقى صلاحية مدة استحقاقه مقرونة بمدة خطاب ذاته ولا يعتبر التاريخ المذكور في الخطاب أجلا لاستحقاقه بل هو الحد الأقصى لسريانه، ومعنى ذلك أن البنك يلتزم بدفع المبلغ المحدد في الخطاب خلال المدة المحددة فيه. إذا طالب المستفيد بذلك.

4) الغرض الذي أنشأ من أجله، يتحدد التعهد بخطاب الضمان، بغرض الذي من أجله صدر خطاب الضمان أي بضمان التزام معين ناشئ بذمة العميل لمصلحة المستفيد استنادا إلى ضمان أي التزام آخر.

5) الاعتبار الشخصي، يقوم خطاب الضمان على الاعتبار الشخصي بالنسبة لكل من المستفيد والعميل الآمر. وبالمقابل لا يجوز للعميل الآمر التنازل على خطاب الضمان الصادر بناءً على طلبه إلى غيره حتى لو قام بالتنازل على المقاولة أو العمل الذي من أجله صدر الخ.

6) مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان، ونعني به الانفصال الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان واستقلاله عن كل علاقة أخرى، ما يعني أنه يمتنع على البنك الذي التزم بموجب الخطاب الذي أصدره لصالح المستفيد بناء على طلب عميل له التذرع بأي سبب يؤدي إلى رفع قيمة الخطاب للمستفيد إذ طالب بذلك ضمن المدة المحددة فيه [143]، كما يقوم

---

[141] طرابلسي ، عماد الدين **خطاب الضمان البنكي**، مرجع سابق . ص 2

[142] عوض ، **عمليات البنوك ، الوجهة القانونية** ، دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعي ، 1991 ، ص507 ، ص 509 .

[143] عوض ،علي جمال الدين ، **عمليات البنوك** ، مرجع سابق ، ص 501 .

خطاب الضمان على هذا التعهد الصادر بموجبه عن كل من العقد الذي صدر خطاب بموجبه أي عن العلاقة القائمة بين المستفيد والعميل الآمر والعقد المبرم بين هذا الأخير والمصرف لإصدار إن استقلال خطاب الضمان عن العقد الذي صدر من أجله هو الذي يميزه عن الكفالة التقليدية رغم أدائهما وظيفة مماثلة وذلك بسبب الصفة المعينة لالتزام الكفيل "العادي" في ضمانة دين المكفول ما يترتب على ذلك من جواز احتجاج هذا الكفيل على الدائن المستفيد من الكفالة بجميع الدفوع.[144]

رابعاً : تمييز خطاب الضمان عن بعض الانظمة المشابهة

في هذا المطلب نميز بين خطابات الضمان وأقرب العقود التي قد تشتبه بها وفي الخصوص تميز بين خطاب الضمان والكفالة وخطاب الضمان والاعتماد المستندي وخطاب الضمان والوكالة وذلك في الفروع التالية:

أ) خطاب الضمان والكفالة

يختلف خطاب الضمان عن الكفالة، في وجود فروق جوهرية فيما بينهما مع أنه شاع في كثير من الأوساط استخدام مصطلح الكفالة المصرفية هذا النوع من العقود المصرفية، وحيث أنه يتم الخلط فيما بين الكفالات المصرفية والاعتماد المستندي وخطابات الضمان فانه يتوجب علينا التمييز فيما بينهما، الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه وهذا الالتزام أكثر ما يكون مبلغا من النقود فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغا من النقود فإن الكفيل لا يتعهد بالقيام بنفس العمل إذا تخلف عنه المدين، بل إنه يضمن ما عسى أن يحكم به على المدين الاصلي من تعويض جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود. [145]

يعد التمييز بين الكفالة وخطاب الضمان من المسائل التي تثير إشكالات كثيرة على مستوى الاجتهاد القضائي والفقهي فقد أدت حداثة ظهور خطاب الضمان في البداية إلى اعتباره مجرد نوع من الكفالة ولم يكن الفقه والقضاء يجر آن على فصله عن النظام القانوني الذي يحكم الكفالات المصرفية البنكية. فقد ذهبت محكمة الاستئناف بباريس في قرار لها بتاريخ 15 يونيو 1173 إلى أن بنود الالتزام بالضمان وان كانت تضير وبشكل واضح إلى أن البنك يلتزم بدفع لدى أول طلب فإن ذلك ليس من شأنه تعطيل مفعول مقتضيات الفصل 2036 من القانون المدني الفرنسي والذي

---

[144] مصطفى ، عادل ابراهيم السيد ، **مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية** ، رسالة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، سنة 1996، ص17_ ص20 . .

[145] الكيلاني ،محمود ، **عمليات البنوك** ، مرجع سابق ، ص 49 .

بمقتضاه يحق للكفيل التمسك بمواجهة الفاعل بكل الدفوع التي للمدين الاصلي المتعلقة بالدين الاساسي. والحقيقة أنه رغم التشابه بين خطابات الضمان والكفالة في كون كل منهما يضيف الى ذمة مالية ذمة ثانية مكلفة بالتزام اتفاقي أو قانوني إلا أنهما مع ذلك يفترقان مع ذلك في أن التزام المصرف بالدفع بالكفالة المصرفية مرتبط وتابعا لالتزام العميل المدين اتجاه الغير المستفيد وللمصرف أن يقوم بالتنفيذ عينا وبطريق التعهد في حالة تقاعس العميل عن الوفاء بالتزامه، أما خطاب الضمان فإن التزام البنك. مستقل بذاته يتعهد فيه بأن يدفع المبلغ المبين في خطاب بمجرد أن يطلب المستفيد منه ذلك، وبغض النظر عن الالتزام الذي قدم الضمان ذلك الخطاب.

لقد أوضحت المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات في قرار الطعن رقم 221 لسنة 17 نقض مدني لجلسة 11/13/1112. الفرق بين الكفالة المصرفية وخطاب الضمان يقولها "لما كان البين من عبارة كفالات الدفعة المقدمة وأنها تشير في ديباجتها أنها صدرت تنفيذا لعقود المقاولة إلا أنها نظمت تعهدا من المصرف الطاعن بناء على طلب عمليته الشركة بدفع قيمتها بالكامل أو جزئيا عند أول مطالبة خطية إلى المستفيد دون اعتداد بأي اعتراض من قبل هذه الشركة الاخيرة، ومن ثم فإنها وفقا لصحيح القانون" تعتبر خطابات لضمان ولا تعد من قبيل الكفالات المدنية أو المصرفية، التي تعتبر فيها التزام الكفيل تابعا الالتزام المدين المكفول.[146]

وانطلاقا مما سبق يبدو أن هناك فرقا جوهريا بين خطاب الضمان والكفالات المصرفية يتمثل أساسا في العلاقة الناشئة بين الأطراف ففي إطار الكفالة للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الاصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالدين.[147]

ب) خطابات الضمان الاعتماد المستندي

ينتشر الاعتماد المستندي في عملية التجارة الخارجية حيث يتدخل البنك كوسيط بين المشتري بالداخل والبائع بالخارج لعدم توافر الثقة بينهما. ويشترك في عملية الاعتماد المستندي عدة أشخاص هم العميل المشتري معطى الامر والبنك المنشئ أي الذي يمنح الاعتماد بناءً على طلب المشتري وهو الذي يتعهد في مواجهة المستفيد، ثم المستفيد وهو البائع الذي يصدر الاعتماد لصالحه والذي تصرف له قيمة الاعتماد عندما يتقدم بمستندات شحن البضاعة، وأخيرا البنك

---

(146) نقلا عن ، عارف ،ربحي أحمد ، **بحث بعنوان خطابات الضمان في مقاولة الانشاءات الفيدك** منشور بمجلة كلية التربية الأساسية ، جامعة جرش العدد 76 لعام 2011، ص 31 .

(147) عوض ، **عمليات البنوك** ، مرجع سابق ، ص 497 _ ص 498 ، وقرار تمييز أردنية حقوق رقم 89/1006 والمنشور في مجلة نقابة المحاميين الاردنين في العدد رقم 232 ،

المبلغ وذلك في الحالة التي لا تخاطب فيها البنك المنشئ المستفيد مباشرة ومهمة البنك المبلغ مراسل البنك المنشئ إخطار المستفيد بالخطاب وشروطه.[148]

والفروق التي توجد بين الاعتماد المستندي وخطاب الضمان هي:

الواقعة التي تجعل الوفاء مستحقا في الاعتماد المستندي هي واقعة إيجابية تفيد تنفيذ المستفيد لالتزاماته، حيث يلتزم البنك بوفاء قيمة الاعتماد إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة، وكانت هذه المستندات في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد .

أما خطاب الضمان فإن الواقعة التي تجعل البنك ملزما بوفاء قيمته هي واقعة سلبية تفيد عدم تنفيذ العميل لالتزامه، حيث يلتزم البنك قيمة الخطاب الضمان عند أول طلب من المستفيد خلال الأجل المحدد في الخطاب الغالب في الاعتماد المستندي اشتراط تقديم مستندات شحن تمثل بضاعة فتح الاعتماد لوفاء ثمنه، بينما من النادر أن يشترط تقديم تلك المستندات في خطاب الضمان من الناحية العملية فإن الاعتماد المستندي لا يستخدم الا كأداة وفاء في البيوع الدولية أما خطاب الضمان فإن مجالات استخدامه عديدة ولا تقع حصر.[(149)]

الفرع الثاني: أنواع خطابات الضمان البنكي في عقود الأشغال الدولية ودورها في المساهمة في حفظ التوازن المالي للعقد

يمر عقد الإشغال الدولي بعدة مراحل منها مرحلة الدراسة الأولية ومرحلة اعداد التصاميم، ومن ثم يتم دعوة المقاولين لتقديم عروضهم من أجل دخول المناقصة، لاختيار المقاول ومن ثم إرساء العطاء على أحد المقاولين، وبعد ذلك يتم وضع العقد في مرحلة التنفيذ، وهذا الامر يتطلب ادارة العقد، ادارة صحيحة وتنفيذه وفقا للمخططات، وبعد تجهيز المشروع واتمام التنفيذ يجب التأكد من خلو التنفيذ من العيوب، وكل هذه المراحل تستدعي أن تتم ضمن مدد زمنية محددة، ولضمان السير بجميع هذه الاجراءات وفقا للأصول ودون تأخير زمني وأية عيوب فنية فان الإدارة تطلب من المتعاقد معها تقديم عدة خطابات ضمان متنوعة لكل التزام من التزاماته بموجب العقد، حيث نص دفتر الشروط لعقد المقاولة الموحد على خمسة أنواع من خطابات الضمان، النوع الأول هو خطاب الضمان دخول المناقصة، والثاني يتمثل في خطاب ضمان حسن التنفيذ والثالث يتمثل في

---

[148] الشواربي، عبد الحميد ، **عمليات البنوك**، مرجع سابق ، ص 402.

[(149)] الكيلاني ، محمود ، **عمليات البنوك ، الجزء الأول** ، الكفالات المصرفية ، دار الجيب للنشر ، عمان ، 1992 ، ص 42 .

خطاب ضمان الصيانة، أما الرابع فيتمثل في ضمان الأشياء المعارة، واخيراً خطاب ضمان السلفة الدفعة المقدمة.[150]

وسوف نتناول دراسة هذه الانواع على النحو الاتي :

أولاً: خطابات ضمان دخول المناقصة

في هذا الفرع سوف نتناول هذا النوع من خطاب الضمان من حيث تعريفه وأهميته وكيفية انقضائه من خلال الاتي:

1) تعريف خطاب ضمان دخول المناقصة

يعرف خطاب ضمان دخول العطاء او المناقصة:" بأن تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميله وهو المقاول الراغب في دخول العطاء وذلك بدفع مبلغ نقدي بمجرد أن يطلب صاحب العمل، موجه الدعوة لتقديم العطاء ، ذلك من البنك في حال لم يوقع المقاول العقد لأي سبب كان سواء بسبب رفض منه او اسباب اخرى، وذلك بعد أن تتم احالة العطاء عليه، وينتهي بانتهاء احالة العطاء وتوقيع العقد." [151]

وعرفت المادة 2 من الأصول الموحدة لكفالات العقد النشرة 325 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 1987 خطاب ضمان دخول العطاء " بأنه تعهد يعطيه البنك وشركة تأمين أو طرف أخر الكفيل بناء على طلب مناقص العميل أو بناء على تعليمات بنك شركة تامين أو طرف اخر الطرف الآمر طلب اليه العميل ذلك الى الطرف الذي دعا الى المناقصة المستفيد يتعهد بموجبه الكفيل أن يقدم الى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ محدد من المال في حالة تقصير العميل في الواجبات الناتجة عن تقديم المناقصة."

ونلاحظ من خلال التعاريف بأن التعهد يصدر عن بنك أو مؤسسة مصرفية أو شركة تأمين أو اشخاص عادين أي أنه لا يقتصر على البنوك فقط. وهذا الامر مخالف لما استقرت عليه محكمة التمييز الاردنية من ان خطاب الضمان لا يصدر الا عن بنك، ولما جاء في مواد دفتر الشروط.[152] وحدد المادة 5/أ من تعليمات العطاءات الحكومية الصادرة عن وزارة الأشغال

---

[150] وردت الانواع في عقد المقاولة الموحد الشروط الخاصة المادة (4) و(14)ونظام الاشغال الحكومية رقم (71لسنة 86)

[151]

[152] تميز حقوق رقم 1522 /96 المنشور في مجلة نقابة المحاميين الاردنيين لسنة 1996، ص 3513. و تمييز حقوق رقم 96/350 المنشور في عدد مجلة المحاميين الاردنيين لسنة 1997، ص 1062 . ورد في المادة 3/د من الشروط الخاصة أن تصدر الكفالة بنك أو مؤسسة مالية مرخصة للعمل في الأردن ، والمقصود بالمؤسسة المالية المرخصة هي المؤسسة المالية المصرفية . ولمزيد من المعلومات حول الموضوع يمكن الرجوع الى ابو صد ، عماد أحمد ، **احكام خطابات الضمان المصرفية** ، رسالة ماجستير الجامعة الاردنية ، عمان ، الاردن ، 1995 ، ص 23_ 26.

العامة الأردنية قيمة خطاب ضمان دخول المناقصة بمبلغ مقطوع يحسب هذا المبلغ على أساس نسبة 2_3 % من القيمة المقدرة للعطاء الكلي يحدد مسبقاً بصرف النظر عن القيمة المقدرة له سنداً للمادة 5/أ من تعليمات العطاءات الحكومية الصادرة عن وزارة الاشغال الاردنية.

2) أهمية خطاب ضمان دخول المناقصة

وتكمن أهمية خطاب الضمان بالنسبة لصاحب العمل هو ضمان عدم تراجع مقدم العطاء إذا تغيرت الأسعار أو تبين خطأ في تقديره، اي يضمن جدية المقاولين المتعاقدين مع الادارة.[153] كذلك يعفي صاحب العمل من تكلفة التأمين النقدي والنفقات المترتبة عليه. وخصوصا أن العطاء سوف يرسوا على مقاول واحد ويتم رفض الباقين.

اضف الى ذلك أن يحصل صاحب العمل على عروض اسعار جديدة، حيث ان المقاولين في العادة يتقدمون بأسعار منخفضة لعدم تجميد أجزاء من اموالهم في ضمانات نقدية، اضف الى ذلك بأن صاحب العمل يضمن استيفاء خطاب الضمان من البنك كون البنك هو المدين بموجب هذ الخطاب، ويتعهد بالدفع حال أي تقصير.[154]

أما بالنسبة لأهمية خطاب دخول المناقصة بالنسبة للمقاول فانه يعفيه من تجميد امواله بوضعها بيد صاحب العمل دون الاستفادة منها، اضف الى ذلك فإنه يعفيه من اجراءات الاسترداد النقدي وما يترتب على ذلك من اجراءات معقدة وروتين عقيم.

والمقاول الأجنبي فان خطاب الضمان يعفيه من تحويل العملة الاجنبية وما يترتب عليه وخصوصاً في حالة عدم رسو العطاء واعادة تحويل العملة، بالإضافة الى ما تم ذكره من اهمية بالنسبة للمقاول المحلي.

وكل هذا يحمي المقاول من الخسائر المادية التي ممكن ان تلحق به سواء من جراء حجز المال النقدي وعدم استخدامه لدى صاحب العمل او نتيجة التحول في اسعار العملة.[155]

3) انقضاء خطاب الضمان

تنقضي خطابات الضمان بشكل عام بأحد الاسباب التي تشكل طريقة من طرق انقضاء الالتزامات بشكل عام.

---

[153] المادة 4/د من الشروط الخاصة تعليمات المناقصين . و

[154] عبده منال حسان ، **الكفالات المصرفية** ، رسالة ماجستير الجامعة الاردنية ، 1995 ، ص 52 .

[155] عارف ،ربحي أحمد ، **بحث بعنوان خطابات الضمان في مقاولة الانشاءات الفيدك** منشور بمجلة كلية التربية الأساسية ، جامعة جرش العدد 76 لعام 2011، ص 36 .

أ) فتنقضي خطابات الضمان بالوفاء بالالتزام بأن يقوم البنك بتسديد قيمة خطاب الضمان للمستفيد.

ب)ينقضي خطاب الضمان كذلك بإبراء ذمة البنك من المستفيد من الخطاب.

ت)ينقضي خطاب الضمان كذلك باتحاد الذمم أي باتحاد ذمة العميل والمستفيد في شخص واحد ن او اتحاد ذمة البنك مع المستفيد في شخص واحد متل كون البنك صاحب العمل.

ث)ينقضي خطاب الضمان بانتهاء مدته دون مطالبة المستفيد بقيمته.

ج)ينقضي خطاب الضمان كذلك باستحالة التنفيذ.[156]

اما بالنسبة لخطاب ضمان دخول المناقصة فانه ينقضي فأننا هنا يجب أن نفرق بين حالتين، حالة رسو العطاء وحالة عدم رسو العطاء.

1)انقضاء خطاب الضمان المرفق مع العطاء الفائز بالمناقصة، ينقضي في هذه الحالة اذا تم توقيع العقد من المقاول خلال المدة بموجب القانون، اما اذا لم يقم المقاول بالتوقيع على العقد خلال مدة 14 يوم من الموافقة على عرضه او ابلاغه بالموافقة عليه فان صاحب العمل من حقه ان يصادر خطاب الضمان دون اللجوء الى القضاء.[157]

2) وعادة ما يكون خطاب الضمان ساري المفعول لمدة 90 يوم او المدة المحددة في دعوة العطاء من تاريخ تقديم العرض او لحين توقيع الاتفاقية ايهما اسبق.[158]

3)اما في حالة عدم رسو العطاء على المقاول العميل فإن خطابات الضمان المرفقة تنقضي بانتهاء صلاحيتها أو حسب ما تقدره لجنة العطاءات خلال 7 ايام من احالة العطاء .[159] وينتهي كذلك بانتهاء صلاحيته اذا كانت اسبق من تاريخ توقيع الاتفاقية مع احد المقاولين واذا لم يقم صاحب العمل بطلب لتجديد المدة.[160]

---

[156] عوض ،علي جمال الدين ،**خطاب الضمان** ، مرجع سابق ، ص 89.
[137] المادة 13 من الشروط الخاصة لدفتر الشروط الموحد .
[138] المادة 12 من الشروط الخاصة لدفتر الشروط الموحد .
[139] المادة 1/3 من الشروط الخاصة لدفتر الشروط الموحد
[142] المادة 12 من الشروط الخاصة لدفتر الشروط الموحد

ثانياً: خطاب ضمان حسن التنفيذ

يترتب على المقاول وخلال 28 يوماً من تاريخ تبلغه بكتاب القبول من صاحب العمل وقبل توقيع العقد، أن يقدم لصاحب العمل خطاب ضمان حسن اداء لالتزامه بتنفيذ الاشغال حسب شروط العقد وضمن المدة الزمنية المحددة وقيمة هذا الخطاب تشكل 10% من قيمة العقد، وما يترتب على هذا الموضوع من رسوم ونفقات تكون على المقاول، وعادة ما يعد خطاب الضمان وفقاً للنموذج الخاص بعقد الفيدك.[161]

لذا فإننا سوف نتطرق لدراسة هذ النوع من الخطابات حيث ندرس بداية تعريفه ومن ثم اهميته وانقضائه وفق الاتي:

أ) تعريف خطاب ضمان حسن التنفيذ

يعرف خطاب الضمان حسن الاداء بأنه تعهد يصدر عن الدولة أو سلطة اخرى موافق عليها من قبل صاحب العمل بناءً على طلب عميله المقاول الفائز بالعطاء _ بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد أن يطلب المستفيد صاحب العمل ذلك من الجهة المصدرة للخطاب في حال أخفق العميل بالتنفيذ وفقاً لشروط العقد ويسمى خطاب ضمان الأداء.[162]

وقد عرفته المادة 2/2 من الأصول الموحدة أنه تعهد يعطيه البنك أو شركة تأمين أو طرف آخر

الطرف الآمر طلب اليه العميل ذلك، الى صاحب العمل المستفيد يتعهد بموجبه الكفيل الى أن يقدم الى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ محدد من المال أو يجري ترتيباً لتنفيذ العقد اذا كانت الكفالة تنص على ذلك تبعا لخيار الكفيل، وذلك في حالة تقصير العميل في التنفيذ المطابق لشروط العقد الجاري العميل والمستفيد.

ب) أهمية خطاب ضمان حسن التنفيذ

تكمن أهمية خطاب ضمان حسن التنفيذ بالنسبة للمقال فإنه يجني ذات الفوائد التي تم ذكرها ويراها في أهمية خطاب ضمان دخول المناقصة، من حيث اعفائه من استرداد التامين النقدي، وبالنسبة للمقاول الاجنبي، أضف الى ذلك أن تقديم خطاب ضمان حسن الأداء فإنه يسترد خطاب دخول العطاء.[163]

---

[161] المادة 2/4 من الشروط الخاصة لدفتر الشروط الموحد والمادة 5/أ/ 2 من تعليمات عطاءات الحكومية رقم 987/71 الصادرة بالاستناد الى المادة 16 من نظام الأشغال الحكومية الاردنية رقم 86/71

[162] المادة 2/4 من الشروط الخاصة لدفتر الشروط الموحد .

[163] المادة 2/4 من الشروط الخاصة لدفتر الشروط الموحد

أما أهمية خطاب ضمان حسن الاداء بالنسبة لصاحب العمل بالإضافة الى ما تم ذكره من فوائد من خطاب الدخول في المناقصة ، وأن يتقيد المقاول بأحكام العقد، وكذلك يضمن أن يتقيد المقاول بالبرنامج الزمني لتنفيذ الاشغال الذي قدمه المقاول.

جـ) انقضاء خطاب ضمان حسن التنفيذ

ينقضي خطاب ضمان حسن الاداء بأحد الأسباب التالية:

1. ينقضي بقيام البنك بالوفاء الى المستفيد بناء على طلب خطي منه، مع ذكر الاسباب الداعية لهذا الطلب بأن المقاول قد رفض أو اخفق في تنفيذ أي من التزاماته بموجب العقد.[164]

وقد اورد الفيدك بعض الاسباب التي تعطي الحق لصاحب العمل في المطالبة بقيمة خطاب الاداء جزئياً او كليا و من الامثلة على هذه الأسباب [165]:

أ- عدم قيام المقاول بتمديد سريان مفعول خطاب حسن الاداء الى أن ينتهي انجاز الأشغال التي لم تنجز في الوقت المحدد عقديا اذا انتهت مدة الخطاب قبل أن ينهي الاشغال التي لم تنجز.

ب- عدم دفع المقاول المبالغ المستحقة عليه لصاحب العمل اذا كانت هذه المبالغ بسبب عقد مقاولة.

ت- عدم معالجة المقاول لتقصيره في التنفيذ او الوفاء بالتزاماته وذلك خلال مدة 42 يوما بعد استلام اشعار صاحب العمل الذي يطلب معالجة التقصير. أو عدم تنفيذه لأي التزام قصر في تنفيذه خلال مدة معينة حددها الاشعار الموجه.

ث- تخلي المقاول عن الاشغال، أو عدم البدء في تنفيذها أصلا، أو تنازله عن العقد، أو تعاقده فرعيا على جميع العقد، او اشهار افلاسه، أو تصفيته اذا ان المقاول شركة، أو اعطائه رشوة، أو عرضه اياها على أي شخص لأمر يتعلق بالعقد.

2. ينقضي خطاب ضمان بانتهاء مدته المحددة بتاريخ تسليم الاشغال المنجزة تسلما أوليا وبإصدار شهادة التسليم الاولى وتقديم خطاب ضمان الصيانة اصلاح العيوب مالم يتم تمديد مدته أو تجديدها بناء على طلب صاحب العمل. وقد نصت المادة 4 من الأصول

---

[164] المادة 2/4 ، والمادة 12 من الشروط الخاصة من عقد الفيدك .

[165] المادة 2/4 ، والمادة 1/15 و 2 من الشروط الخاصة من عقد الفيدك.

الموحد على أنه اذا لم يحدد أخر تاريخ لاستلام المطالبة من قبل الكفيل يعتبر تاريخ الانتهاء هو ستة اشهر من التاريخ المحدد في العقد للإنجاز او أي تمديد اخر له.

3. استحالة التنفيذ: اذا كان هنا سبب اجنبي ادى الى استحالة تنفيذ العقد فهنا يقضي خطاب الضمان لاستحالة التنفيذ، وهنا يصبح حسن التنفيذ المضمون بموجب خطاب الضمان غير موجود.

ثالثاً: خطاب ضمان الصيانة

بعد أن درسنا خطاب حسن التنفيذ فإننا في هذا الفرع سوف ندرس خطاب ضمان الصيانة من حيث تعريفه واهمته وانقضائه وفق لاتي:

1) التعريف بخطاب ضمان الصيانة

بعد أن يتم تنفيذ المشروع في عقد الاشغال الدولية، حيث أن المقاول يخطر المهندس بجاهزية وبتسليم المشروع، الا ان هذا التسليم وان كان لا يعيق استخدام المشروع للغرض الذي اعدله، الا ان المشاريع في العادة لا تخلو من النواقص، والملاحظات التي يبديها المهندس سواء كانت اعمال صيانه واصلاح العيوب البسيطة في المشروع، فالمهندس عندما يتسلم المشروع يفترض وجود عيوب بسيطة واجبة الاصلاح في المشروع، لذلك يحتاج صاحب العمل ضمان لقيام المقاول بإصلاح العيوب في المشروع ومعالجة أي مشكلة ممكن ان تظهر في اعمال المقاول، لذا فإنه يطلب من المقاول تقديم لإصلاح هذه العيوب ومعالجة المشاكل وهذا خطاب الضمان لإصلاح العيوب ، وتكون قيمة هذا الخطاب هو 5% من القيمة الاعمال المنجزة. [166]حيث يضمن التزام المقاول بتحمل نفقات النواقص التي التزم بتنفيذها عقدياً ولم تنفذ أو القيام بالصيانة بعد التسليم لمدة محددة وهي سنة واحدة لسنتين من تاريخ التسليم الاولى حسب الشروط.

من خلال ما ذكر أعلاه فانه يمكن تعريف خطاب ضمان الصيانة بأنه تعهد يصدر من البنك بناء على طلب مقاول الاشغال بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد أن يطلب صاحب العمل ذلك من البنك في حالة رفض أو اخفاق المقاول بإصلاح العيوب خلال فترة الصيانة. [167]

---

[166] المادة 14 من الشروط الخاصة .

[167] المادة 14 من الشروط الخاصة .

2) أهمية خطاب الضمان بالنسبة الى صاحب العمل يحقق خطاب ضمان الصيانة بالنسبة للمقاول عدة فؤاد الاتية

يضمن لصاحب العمل أن المقاول سوف يقوم بإصلاح العيوب، التي تم التحفظ عليها أثناء التسليم. كذلك يضمن أي عيوب ممكن أن تظهر خلال فترة الصيانة المحددة في العقد.
اما بالنسبة لما يحققه الخطاب من فوائد للمقاول فإنها تتلخص بما يلي:

أ- يسترد المحتجزات وهي التي يقوم صاحب العمل بحجزها من الدفعات بواقع نسبة مئوية من كل دفعة. [168]

ب- يسترد خطاب حسن التنفيذ لانقضائه.

ت- بإصدار خطاب ضمان الصيانة يحفز المقاول على تسليم المشروع والحصول على شهادة التسليم الاولى رغم ما يشوب المشروع من نواقص، بما يعود على المقاول من فائدة بالنسبة للمقاول من اهمية اصدار شهادة التسليم الاولى أنه بتاريخ اصدارها يتم احتساب مدة الضمان المعماري مسؤولية المقاولين والمهندسين. [169]

3) انقضاء خطاب الصيانة

ينقضي خطاب الصيانة طرق الانقضاء التي ذكرنها سابقا بالنسبة لخطاب ضمان دخول المناقصة وخطاب ضمان حسن التنفيذ.
كما ينقضي كذلك بالوفاء بقيمته من قبل البنك بناء على طلب المستفيد نتيجة لعدم تنفيذ المقاول بالتزامات واصلاح العيوب. وكذلك ينقضي خطاب ضمان الصيانة بصدور شهادة التسليم النهائية وشهادة الصيانة، وتكون بانتهاء فترة الصيانة المحددة، وقيام المقاول بكافة التزاماته في الصيانة والاصلاح، وهذه الشهادة عادة ما تصدر عن المهندس وهي تعد الوثيقة الرسمية لانتهاء المشروع والعقد.

رابعاً: خطابات ضمان اخرى في عقود الاشغال الدولية

بالإضافة الى انواع خطابات الضمان التي تم دراستها في الافرع السابقة، فان عقد الفيدك يتطلب أنواع اخرى من خطابات الضمان وان كانت ليس بأهمية الخطابات الأولى وهي خطاب ضمان السلفة والذي يقدم في حال قيام صاحب العمل بتسليم المقاول دفعة مقدمة على حساب المشروع، واضف الى ذلك في بعض الاحيان يقوم رب العمل بإعارة معداته للمقاول من اجل العمل فانه

---

[168] المواد 10/4/1 والمادة 3/14 و 9 من عقد الفيدك .
[169] مسؤولية المهندسين والمقاولين عن الاعمال التي قاموا بها وفقا للمواد 788_791 من القانون المدني الاردني .

يطلب منه خطاب ضمان لإعادة المعدات المعارة. لذا فإننا سوف ندرس بشكل سريع هذان النوعين من الخطابات وفق الاتي:

1) خطاب ضمان السلفة الدفعة المقدمة

في عقود الاشغال الدولية الاصل في دفعات المقاول من قبل صاحب العمل بناءً على الانجاز، الا ان بعض المشاريع والكبيرة والضخمة والتي تحتاج الى ميزانيات كبيرة، يحتاج المقاول لدفعة من اجل شراء المواد الاولية للعمل وحتى يستطيع توفير المعدات الازمة للمشروع كذلك[170] هذه الدفعة عادة ما تكون نسبة 10% من قيمة المشروع، ويتم حسمها من دفعات المقاول.[171]

ولضمان سداد هذه الدفعة فان صاحب العمل يطلب خطا ضمان لسدادها.

لذا يمكن تعريف خطاب ضمان السلفة الدفعة المقدمة بانه تعهد يصدر من البنك بناءً على طلب عميله المقاول بدفع مبلغ من معين لصاحب العمل بمجرد ان يطلب هذا الاخير ذلك من البنك خلال مدة محددة في حال اخفق المقاول في سداد الدفعة المقدمة التي حصل عليها من صاحب العمل.

تكمن اهمية خطاب ضمان السلفة للمقاول يساعده على تغطية نفقات المشروع الاولية وشراء المواد المطلوبة للمباشرة بالتنفيذ. ويعفيه من اية مصاريف ونفقات ممكن ان تترتب عليه اذا حاول الاقتراض من البنوك أو جهات اخرى.

أما بالنسبة لأهميته بالنسبة الى صاحب العمل فإن خطاب الضمان يسهل له الحصول على عروض واسعار جيدة، حيث أن المقاول سوف يخصم من النفقات والفوائد التي اعفي منها نتيجة عدم اللجوء الى الاقتراض من البنوك.

وينقضي خطاب ضمان السلفة بأحد الحالات التالية:

أ) بالوفاء بقيمة خطاب الضمان من قبل البنك بناءً على طلب صاحب العمل نتيجة عدم سداد المقاول للدفعة.

ب) باسترداد قيمة الدفعة من المقاول.

ت) ينقضي كذلك بسبب استغلال المقاول للدفعة في اغراض خارجة عن اطار المشروع.[172]

---

[170] البناء ، هيثم محمد ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب الضمان** ، رسالة ماجستير ، جامعة ال البيت ، الاردن 2000، ص19 .

[171] المادة 60 /11 والتي وردت ضمن الشروط الخاصة من عقد الفيدك .

[172] علم الدين ، محي ، مرجع سابق ، ص 23.

2) خطاب ضمان الأشياء المعارة

الأصل ان يأتي المقاول ببيع المعدات والآليات اللازمة لتنفيذ المشروع وعلى نفقته الخاصة .[173] الا أنه قد يكون بحوزة صاحب العمل آليات ومعدات قد يحتاجها المقاول، فسيعتبرها من صاحب العمل، فيطلب صاحب العمل ضمانة للمحافظة عليها واعادتها له سليمة وضمان استردادها. فيصدر المقاول خطاب ضمان لصالح العمل لضمان اعادة هذه الاليات والمعدات.[174]

وبذلك يمكن استخلاص تعريف خطاب ضمان الاشياء المعارة بانه تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميله المقاول بدفع مبلغ معين بمجرد أن يطلب صاحب العمل المستفيد ذلك من البنك خلال مدة معينة، وذلك اذا لم يلتزم المقاول بالمحافظ على آلات والمعدات المستعارة من الادارة.

وتكمن أهمية هذا النوع من خطابات الضمان في أنه يعتبر مساعدة للعميل بوجود الات دون الالتجاء إلى نفقات إضافية للحصول على مثل هذه الآلات والمعدات.

وأهميته بالنسبة لصاحب العمل في ان الاخير يحصل على افضل الاسعار من المقاول حيث يتم تخفيض النفقات، حيث أنه يضمن وجود آليات التنفيذ مباشرة.

ينقضي هذا النوع من الخطابات بجميع الطرق التي تم ذكرها سابقا بالإضافة إلى إعادة الأشياء المعارة من قبل المقاول.

من خلال ما تقدم دراسته في هذا المبحث فإننا نجد بأن خطاب الضمان يشكل أحد الضمانات الاساسية لعقد الأشغال لدولي، حيث أنه لدور كبير في معالجة كافة الاختلالات المالية التي ممكن أن تواجه العقد سواء قبل بداية التنفيذ أو اثناءه وفيما بعد انتهاء تنفيذ العقد أي مرحلة الصيانة، واكمال النواقص غير الجوهرية. أي ان له دور كبير في حفظ التوان المالي للعقد.

---

[173] المادة 784 من القانون المدني الاردني لعام 76 .

[174] أبو صد ، مرجع سابق ، ص 4.

المبحث الثاني

دور التأمينات والضمانات الادارية في المساهمة في حفظ التوان المالي في عقود الأشغال الدولية

تمهيد

إن التأمين يعتبر التزاماً على المقاول، حيث يعد توفير التأمين من الأهمية بمكان ذلك حماية للمقاول من الأخطار التي قد تواجهه أثناء تنفيذ عملية الأشغال الدولية، لذا فهو ملزم بتوفير تأمين ضد الأخطار حتى يستطيع التغلب عليها وتنفيذ الأعمال الملزم بها وفقاً للعقد المبرم.(175)

فيجب على أطراف عقد الأشغال الدولي سواء كانوا مقاولين أو مهندسين أو موردين أن يحافظوا على مصالحهم المتعلقة بالأشغال بالتأمين عليها، والتأمين من الشروط الأساسية والتي لا يتم التعاقد دون وجوده، حيث أن عقد الفيدك الدولي ودفتر الشروط الموحد قد نصا على التأمين سواء تامين الأشغال المعدات والآلات، وكذلك العمال وإصابات العمل، ولأهمية هذا التأمين في اعادة التوازن المالي لعقد الاشغال فإننا سوف نقوم بدراسته من خلال المطلب الاول من هذ الفصل، أما في المطلب الثاني فإننا سوف نقوم بدراسة للضمانات الادارية ودورها في حفظ التوازن المالي لعقد الاشغال والتي هي عبارة عن وسائل حماية تتخذها الإدارة من جانب واحد وتهدف الى حماية المشروع والمصلحة العامة، وهذه الوسائل تستمدها الإدارة من سلطاتها العامة والمقررة لها بموجب القانون بصفتها صاحبة سيادة.

---

(175) جابر ، **ضمانات المشاريع الانشائية العامة** ، ص450

المطلب الاول

دور التأمينات في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

لقد أصبحت وثيقة التأمين التزاماً اجبارياً وليس اختياراً على المقاول في مجال الأشغال الدولية، وهي ملزمة بموجب النصوص القانونية[176] والنصوص التعاقدية[177] وبالتالي يجب على المقاول أن يعمل تأميناً دون أن يحدد التزاماته ومسؤولياته ويجب على وثيقة التأمين أن تغطي الأخطار في الأعمال سواء كانت مؤقتة أو نهائية، والآلات والمعدات المستخدمة في الإنشاءات وفريق العمل، ومسؤولية المقاول سواء بعد التسليم أو أثناء فترة الضمان القانونية أو التعاقدية أو قبل التسليم في حالة عجز المقاول عن تنفيذ التزاماته[178].

ويعتبر التمييز بين التأمين ضد المسؤولية والتأمين ضد الخسارة أو الضرر، من الأمور ذات التطبيق العام في مجال الإنشاءات، وكذلك يجب على المقاول أن يعمل تأميناً ضد إصابة الأشخاص والأضرار والممتلكات وكذلك تأميناً ضد الأضرار التي تصيب المستخدمين تأمين العمال حيث أنه يقع على عاتق المقاول تعويض صاحب العمل عن كل الخسائر والمطالبات المتعلقة بوفاة أو إصابة أي شخص، وكذلك الخسارة أو الضرر لأي ممتلكات بخلاف الأشغال، إذا كانت قد نشأت أو نتجت عن تنفيذ الأشغال أو إصلاح عيوب فيها وعن مطالبات الدعاوي والتعويضات والتكاليف والأعباء والمصروفات المتعلقة بتنفيذ الأشغال واصلاح العيوب؛ ولكن تلك المسؤولية ليست مطلقة فثمة حالات لا تقوم فيها مسؤولية المقاول، بل يصبح صاحب العمل هو المسؤول عنها، وهذه الحالات تعتبر استثناء على قاعدة مسؤولية المقاول بتعويض الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات[179]. وأن وجود التأمين في هذه العقود يشكل حفظا لتوازنها المالي وضماناً لتنفيذها وفقاً لما هو متفق عليه.

كما يعتبر المقاول مسؤولاً عن إصابات المستخدمين والعمال في المشروع، إلا أنه هناك أخطاراً لا يغطيها التأمين وقد نصت عليها المادة 19 الفقرة 1 من عقد الفيدك[180]. بأن نصت أنه لا يوجد التزام بأن تشمل وثائق التأمين المذكورة الحالات التالية:

---

(176) من ذلك المادة 5\2\2 من تعليمات عطاءات الاشغال الحكومية الأردني والصادر بتاريخ 71 لسنة 1978 حيث نصت على وجوب وجود تأمين في عقد الإنشاءات

(177) عقد الفيدك الشرط 1\18 من **الكتاب الاحمر** الطبعة الرابعة .

(178) جابر ، **ضمانات المشاريع الانشائية العامة** ، ص452 ، ونص على ذلك المادة "3\18" ، و عقد الفيدك ، خلف ، **الترجمة العربية للشروط العامة لعقد الفيدك النموذجية لعام 1999**، ص99

(179) جابر ، **ضمانات المشاريع الانشائية العامة** ، ص456

(180) خلف ، **الترجمة العربية للشروط العامة لعقد الفيدك النموذجية لعام 1999**، ص103

1) الحرب أو الأعمال العدوانية سواء أعلنت الحرب أو لم تعلن أو القرار أو العمل الصادر عن الأجانب.
2) التمرد أو الثورة أو العصيان أو القوى العسكرية أو الاستيلاء بالقوة أو الحرب الأهلية.
3) الاضرابات أو المشاغبات أو حركات الاخلال بالنظام أو الاضطرابات أو الحصار من قبل أشخاص من غير أشخاص المقاول والمستخدمين الآخرين لدى المقاول والمقاولين الفرعيين.
4) الأعتدة الحربية أو المواد المتفجرة أو الاشعاعات النووية باستثناء ما يمكن أن يكون من استخدام المقاول لمثل هذه المواد، لذلك سوف ندرس دور التامين في حفظ التوازن المالي من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: مفهوم التأمين وأنواعه في عقد الأشغال الدولي

الفرع الثاني: الالتزام بتوفير التأمين وأثاره و جزاء عدم توفير التأمين

الفرع الأول: مفهوم التأمين وأنواعه في عقد الأشغال الدولي

ازداد اللجوء الى التأمين في حياتنا المعاصرة مع بداية القرن العشرين، وأصبحت صوره متعددة فأصبح هناك تغطية تأمينية لجميع المخاطر التي ممكن أن نتعرض لها في نواحي الحياة وجميع الاعمال والمهن، فأصبح هناك تغطية تأمينية لخطأ اصحاب المهن من أطباء ومهندسين وغيرهم وكذلك هناك تأمين عمال، وتأمين حوادث سرقة او حوادث من تقلبات الطبيعة، وكذلك هناك تأمينات ضد المسؤولية التقصيرية وكذلك تغطية تأمينه وغيرها من صور التأمينات، إلا أن التأمينات في عقد الأشغال الدولي لها مفهوم خاص كما أن لها صور وأنواع خاصة، وفقاً لما تم ذكره سابقاً فإنها اجبارياً وليس اختيارياً الامر الذي يدعونا إلى دراستها من خلال الآتي:

- **أولاً: مفهوم التأمينات في عقد الأشغال الدولي**
- **ثانياً: صور التأمينات في عقد الأشغال الدولية**

أولاً: مفهوم التأمينات في عقد الأشغال الدولي

يعرف التأمين في عقد الأشغال الدولي بأنه تلك الوثيقة " البوليصة " المبرمة بين المقاول المتعاقد مع الإدارة وشركة التأمين، وتقوم بتغطية المخاطر التي ممكن أن تلحق بعقد الأشغال الدولي، والتي يقدمها المقاول خلال مدة معينة من تاريخ مباشرة العمل إلى صاحب العمل.

ويقع عبء تقديم تلك الوثيقة وكافة النفقات المتعلقة بها على المقال، وهو الذي يقدمها ويثبت ذلك، ولكن ليس المقاول هو الذي يحدد نطاق التأمين أو المطلوب تأمينه، بل إن العقد الموقع بينه وبين صاحب العمل هو الذي يملي مجموع مطلوبات التأمين على المقاول.

ومن واجب المقاول أن يعلم علاوة على صاحب العمل، المهندس وبإشعار خطي، بأنه قد استصدر عقود التأمين المطلوبة.[181] وقد نصت المادة 109 من كراسة عقد الفيدك الدولي على" أن يلتزم المتعاقد خلال الخمسة عشر يوما التالية لإعلان الموافقة على العقد، بأن يبرم تأميناً يغطي منذ البداية أصول الأعمال، ومسؤوليته عن حوادث العمل ومسؤوليته المدنية في الحوادث الواقعة للغير نتيجة الأعمال يلتزم بتقديم دليل المنظم لأقساط عندما يطلب ذلك." [182]

ثانياً: صور التأمينات في عقد الأشغال الدولية

تتعد وتتنوع أنواع وصور التأمينات في عقود الأشغال الدولية فمنها ما يكون على المعدات ومنها ما يكون تامينا على الاضرار التي تلحق بالأشخاص والمعدات ، ومنها ما يكون ضد شخص ثالث ومنها ما يكون ضد اصابات العمل والحوادث الطارئة لذا سوف ندرسها وفق الاتي :

النوع الأول: التأمين على الأشغال ومعدات المقاول[183]

نص البند 2 من الفصل الثامن من دفتر المقاولة الموحد الفلسطيني على التأمين على الأشغال والمعدات حيث ألزمت المادة المذكورة المقاول أن يؤمن على الأشغال والمعدات بقيمتها الاستبدالية الكاملة مضافاً إليها كلفة الهدم ونقل الأنقاض ورسوم الأتعاب المهنية والربح. ويشمل التأمين المطلوب من المقاول في نطاق الأعمال ما يعادل القيمة الاستبدالية للأشغال بما فيها المواد والتجهيزات، مضافاً إلى ذلك مبلغ 15% من تلك القيمة.[184]

والهدف من التأمين على الأشغال بقيمتها الاستبدالية والمبلغ الإضافي المشار إليه، هو شمول أية نفقات إضافية أو طارئة تسبب خسارة أو ضرر، أو تكلفة أي هدم أو إزالة أي جزء من الأشغال، أو إزالة الأنقاض، علاوة على رسوم التأمين المهني، ويشمل نطاق التأمين كذلك معدات المقاول،

---

[181] نظم الفصل الثامن عشر من دفتر الشروط العامة لعقد المقاولة الموحد الفلسطيني التأمينات من تعريف مفهومها وصورها وكافة الأمور المتعلقة بها .

[182] خلف ، **الترجمة العربية للشروط العامة لعقد الفيدك النموذجية لعام 1999**، ص103

[183] دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية، الشروط العامة.

[184] دفتر، **عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية**، الشروط العامة.

وأية من ممتلكاته داخل المشروع التي قد وردها المقاول لخدمة هذا المشروع، وعادة تقدر تلك المعدات بقيمتها الاستبدالية.

واشترطت المادة أعلاه من دفتر الشروط أن تغطي البوليصة كل ضرر أو خسارة ناتجة عن أي حالة لم ترد ضمن مخاطر صاحب العمل والتي نصت عليها المادة 4/17 من دفتر الشروط الموحد (185) وهذه المخاطر هي:

1) الحروب والأعمال العدوانية المعلنة والغزو واجتياح القوى المعادية الخارجية.
2) الاضطرابات المسلحة والثوة والعصيان العسكري والاستيلاء على الحكم بالقوة العسكرية والاغتصاب والحروب الأهلية.
3) الإشعاعات الأيونية أو التلوث بالإشعاعات الناتجة عن الوقود النووي أو النفايات النووية أو إشعاع المتفجرات السامة أو غيرها من العناصر النووية المكونة لها.
4) الضغوط الهوائية الناتجة عن الطائرات أو وسائل النقل الجوية التي تندفع بسرعة الصوت أو بالسرعة المتجاوزة للصوت.
5) الاضطرابات أو المشاغبات أو حركات الإخلال بالنظام، ما لم تكن ناتجة عن مستخدمي المقاول، أو مقاوليه الفرعيين، بسبب تنفيذ الأشغال.
6) الخسارة أو الضرر الذي ينشأ عن استخدام صاحب العمل أو أشغاله لأي قسم من الأشغال الدائمة.
7) الخسارة أو الضرر الناجم عن قوى الطبيعة التي لا يستطيع مقاول خبير أن يتخذ الاحتياطات الوقائية ضدها بصورة معقولة.
8) الخسارة أو الضرر الناجم عن تصميم المقاول، ما عدا الأجزاء التي يتحمل المقاولة مسؤولية تصميمها.
9) الخسارة أو الأضرار الناجمة عن المخاطر المتعلقة بصاحب العمل.

10) وعندما تقع أية خسائر أو أضرار نتيجة للمخاطر التي يتحملها صاحب العمل، فإن المقاول يقوم بإصلاح تلك الأضرار متى طلب المهندس المشرف منه ذلك، ولكن مقابل تلك العمال فإنا المقاول يستحق التعويض. أما عندما يكون الخطأ الذي سبب الضرر مشتركاً فإن المسؤولية تتوزع نسبياً.

---

(185) دفتر ،**عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية**، الشروط العامة

أما بالنسبة للغطاء التأميني فإنه يبدا مفعول التأمين منذ مباشرة العمل في الموقع وحتى تاريخ شهادة التسليم الأولى، سواء للأشغال بكاملها أو لجزء مها. ويجب أن يعقد التأمين بالنسبة للأشغال ومعدات المقاول والمبلغ الإضافي الذي سبق بيانه15% من القيمة الاستبدالية للأشغال ومعدات وتجهيزات المقاول باسم المقاول وصاحب العمل مجتمعين.(186)

كما ويشمل التأمين كذلك المقاول ضد مسؤولياته، وفي هذا الصدد يغطي التأمين الخسائر والأضرار التي تحدث خلال فترة الصيانة، ولكن يشترط في ذلك ان تكون الخسارة أو الضرر الذي يمكن أن يكون ناتجاً عن أي سبب كان قبل ابتداء فترة الصيانة.(187)

وكذلك تغطية أية خسارة أو ضرر يتسبب به المقاول خلال عملية من العمليات التي يقوم بها للوفاء بالتزاماته. وهذه الالتزامات هي إنجاز الأعمال المتبقية، وإصلاح العيوب التي يتحمل المقاول كلفتها، والناشئة عن استعمال المواد المصنعة المخالفة لشروط العقد، أو وجود خطأ في تصميم أي جزء من الأشغال قام المقاول بتصميمه، أو إهمال أو تقصير المقاول في التقيد بالالتزامات المذكورة في العقد أو المفهومة منه ضمناً.

ومن ضمن التزامات المقاول، التزامه بتنفيذ التعليمات الصادرة إليه من المهندس والتي يترتب عليها أحقية صاحب العمل عند عدم التزام المقاول بالتعليمات باستخدام أشخاص آخرين للقيام بالأعمال المطلوبة، ويدفع نفقات الإصلاح لهم على نفقة المقاول، وتبقى تلك ضمن نطاق الغطاء التأميني .[188]

كما تشمل تلك الالتزامات على واجب المهندس في البحث عن أسباب العيوب والأخطاء التي تظهر في الأعمال. فإن كانت من مسؤولية المقاول فأنه يصوبها على نفقته، وإن لم تكن من مسؤولياته، فإن صاحب العمل يتحمل نفقات بحث المقاول عن تلك الأسباب، فيدفع التعويض المناسب للمقاول والذي يضاف إلى قيمة العقد.[189]

ويثور لدينا التساؤل التالي من هو المسؤول عن آية مبالغ غير مؤمنه أو لا يتم تحصيلها من التأمين؟

---

(186) المادة 1/21/ب من دفتر المقاولة الموحدة ج1، كذلك تم الاطلاع على نماذج من عقد التأمين لبعض عقود المقاولة المبرمة مع وزارة الأشغال العامة والإسكان الأردنية.

(187) فترة الصيانة أو ما يمسى بفترة المسؤولية عن إصلاح العيوب هي تلك التي تحدد في ملحق المناقصة ابتداء من تاريخ تسليم شهادة تسلم الشغال الصادرة عن المهندس، سواء كان الاستلام لكامل العمال أو جزء منها، على أن يكون إنجاز هذه الأعمال يحقق الغاية الجوهرية من العمل المنجز دون ان عني تسليم أشغال الموقع او المساحات التي يتم إنجازها. وتعني كلمة الأشغال بالنسبة لفترة الصيانة الأشغال الدائمة والشغال المؤقتة المتفق عليها.

188 نصوص عقد الفيدك وعقد المقاولة الموحد

189 جابر / ضمانات المشاريع الانشائية ، ص312.

القاعدة أن التأمين بغطائه المحدد بالبوليصية أو بوثيقة التأمين يعني ان تلتزم شركة التأمين بدفع القيمة المؤمن ضدها. وإزاء حرص القانون على المشروع في عقد الأشغال باعتباره الهدف الذي وجدت الضمانات لأجله، فأنه اعتبر أن صاحب العمل والمقاول، وكل حسب ما هو مسؤول عنه، يتحملان المبالغ غير المؤمنة، أو تلك التي لا يتم تحصيل بدلاتها من التأمين، ويستثنى من التغطية التأمينية أن أية خسارة أو ضرر قد تنجم عن إحدى مخاطر صاحب العمل التي سبق ورودها.[190]

النوع الثاني: الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات[191]

يقع ضمن مسؤولية المقاول التعويض على صاحب العمل عن كل الخسائر والمطالبات المتعلقة بوفاة أو إصابة أي شخص، وكذلك الخسارة أو الضرر لأية ممتلكات بخلاف الأشغال، اذا كانت قد نشأت أو نتجت عن تنفيذ الأشغال أو إصلاح أية عيوب فيها، وعن المطالبات والدعاوي والتعويضات والتكاليف والأعباء والمصروفات المتعلقة بتنفيذ الأشغال وإصلاح العيوب، ولكن تلك المسؤولية ليست مطلقة فثمة حالات لا تقوم فيها مسؤولية المقاول، بل يصبح صاحب العمل هو المسؤول عنها، وهذه الحالات تعتبر استثناء على قاعدة مسؤولية المقاول بتعويض الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات ومنها:

أ. الاستعمال الدائم للأرض لغرض الأشغال أو لأي جزء من الأشغال.

ب. حق صاحب العمل في تنفيذ الأشغال أو أي جزء منها، سواء على سطح الأرض أو فوقها أو تحتها أو داخلها أو عبرها.

ت. الضرر اللاحق بالممتلكات لأسباب يستحيل تجنبها نتيجة تنفيذ الأشغال أو إنجازها أو صيانتها.

ث. وفاة أو إصابة أي شخص، أو وقوع أي خسارة أو ضرر للممتلكات من قبل صاب العمل أو ممثليه، أو من المقاولين الفرعيين غير التابعين للمقال الرئيسي.

ج. إذا كان السبب من الادعاءات أو الإجراءات أو الأضرار التي لها علاقة بالموضوع.

ح. في حالة ما اذا كان السبب مشتركاً أو للمقاول فيه مساهمة فانه يتم تقدير حجم مسؤولية صاحب العمل ومستخدميه ووكلائه والمقاولين الآخرين العاملين لحسابه ونسبة تسببهم بحصول الإصابات والأضرار.

وعندما تتحقق أي من الاستثناءات المبنية فإن المقاول يستحق تعويضاً عما تكبده من نفقات ورسوم وادعاءات وإجراءات وأضرار.

---

[190] جابر ، **ضمانات المشاريع الانشائية العامة** ، ص315 و 316.

[191] المادة 1/21 من عقد المقاولة الموحد.

النوع الثالث: التأمين ضد الفريق الثالث بما في ذلك ممتلكات صاحب العمل

يقوم المقاول بالتأمين باسمه واسم صاحب العمل ضد المسؤوليات الناشئة عن وفاة أو إصابة أي شخص بما في ذلك مستخدمو صاحب العمل والمهندس وجهاز الإشراف التابع لهما في الموقع، ويشمل التأمين الخسائر والأضرار التي تلحق الممتلكات غير الأشغال التي تنجم عن تنفيذ العقد، والتأمين ضد الحريق الثالث عندما يكون ضد المسؤوليات الناشئة عن الوفاة أو الإصابة لا يشمل حوادث وإصابات العمل، كما لا يشمل تامين العمال ضد الحوادث، كما أن التأمين عن حصول الخسائر والأضرار لا يشمل الأشغال الدائمة وحق صاحب العمل في تنفيذ الأشغال والضرر اللاحق بالممتلكات لأسباب يستحيل تجنبها نتيجة الأشغال.(192)

النوع الرابع: التأمين ضد الحريق

للتأمين ضد الحريق الثالث حداً لا يجب أن يقل عنه، وهذا هو القيمة المحددة في ملحق عرض المناقصة، وهي القيمة التأمينية لكل حادث، ويجب أن يغطي التأمين جميع الحوادث مهما بلغ عددها، كما يجب أن تتضمن بوليصة التأمين المسؤوليات المتقابلة لكل من صاحب العمل والمقاول باعتبارهما شخصين منفصلين في اتفاقيات التأمين.

النوع الخامس: تأمين الحوادث أو إصابات العمل

يشترط عقد المقاولة دائماً على المقاول أن يتحمل مسؤولية عماله ومستخدميه وعمال ومستخدمي مقاولة الفرعين. وهذا يعني أن صاحب العمل لا يعتبر مسؤولاً عن اية أضرار أو تعويضات تستحق قانوناً بسبب أي حادث أو إصابة لأي عامل أو شخص يعمل لدى المقاول. غير أن المقاول يسأل عن حوادث الوفاة والإصابة التي تنجم عن عمل او تقصير من جانبه أو من جانب وكلائه ومستخدميه. ويجب على المقاول أن يقوم بتعويض صاحب العمل عن الأضرار، ما عدا تلك التي يتحملها صاحب العمل الناجمة بسببه. كما ويجب على المقاول تعويض صاحب العمل عن نتائج الادعاءات والاجراءات والأضرار والتكاليف والرسوم والنفقات الناشئة عنها مهما كانت، سواء ما نجم عنها أو ما كان متعلقاً بها.(193)

ليست جميع أنواع التأمين المطلوبة بموجب عقد المقاولة على إطلاقها معتبرة في نطاق الضمانات المالية المباشرة. فالتأمين ضد الحوادث أو الإصابات أو حتى ضد الفريق الثالث لا تؤثر بشكل

(192) المادة 17 /1 من دفتر الشروط الموحد
(193) المادة 17 /1 من دفتر الشروط الموحد

مباشر على المشروع وأمواله، ولكن هذا لا يعني انعدام التأثير بشكل غير مباشر على المشروع. اذ أنه لو لم ينص عقد المقاولة على التأمينات المذكورة لأمكن الرجوع على الإدارة بدفع التعويضات للمصابين بإصابات العمل، أو عند وقوع حوادث تؤدي إلى الأضرار. ولكن النص على ذلك في العقد نقل عبء المسؤولية من الإدارة إلى المقاول، الأمر الذي يؤدي بشكل مباشر إلى المحافظة على المال العام من تحمل أعباء إضافية، ويعمل حفظ التوازن المالي في العقد اذا ما قامت شركة التأمين بدفع جميع التعويضات ، كما انه من ناحية اخرى، يشعر العاملين في المشروع بالطمأنينة في العمل، وضمان أوضاعهم يعتبر أيضاً ضمانة للمشروع من خلال الأداء الأفضل. ويلتزم المقاول بأن يطلع صاحب العمل على عقد التامين، وعلى إيصالات الأقساط[194] المستحقة عليه والمدفوعة.

يجب وبشكل دائم أن يكون التأمين مغطياً وفي كل الأوقات لصاحب العمل والمقاول ضد جميع الخسائر والأضرار أثناء فترة العمل، وخلال فترة الصيانة، وفي جميع العمليات التي يقوم بها المقاول للوفاء بالتزاماته، وعند حدوث أي تغيير في طبيعة أو مدى أو برنامج عمل الأشغال، فإن المقاول يعتبر ملتزماً بإعلام شركة التأمين لديها عن هذا التغيير، ويشترط في عقود التأمين ان تكون نافذة، أي سارية المفعول.

الفرع الثاني: الالتزام بتوفير التأمين وأثاره و جزاء عدم توفير التأمين

كما ذكرنا سابقاً فإن ابرام عقد التأمين في عقد الأشغال الدولي أصبح اجبارياً ويس اختياراً لذا فإننا في هذا الفرع سوف نسلط الضوء على الالتزام بتوفير التأمين وجزاء عدم توفير التأمين وكذلك سوف نتطرق الى شروط عقد التأمين في عقد الأشغال الدولي وفق الآتي:

---

[194] يقوم التأمين على ثلاثة أركان وهذه الأركان هي الخطر المؤمن منه_ القسط_ العوض المالي.، أما الخطر فإن له مفهوما يختلف عن معناه اللغوي أو الوارد في سائر أحكام القانون المدني إذ لا يشترط في الخطر المؤمن منه أن يكون حادثاً ضاراً مثلا. بل قد يكون حادثاً سعيداً يمكن تعريف الخطر في التأمين بأنه حادثة محتملة ان يتوقف تحقيقها على محض إرادة أحد الطرفين_ وبخاصة إرادة المستأمن المؤمن له.، ويشترط في الخطر ثلاث شروط: أن يكون الحادث احتمالياً ،إلا يتوقف على محض إرادة أحد الطرفين، وأن يكون من المخاطر القابلة للتامين.،القسط هو المقابل المادي الذي يدفعه المؤمن له الى المؤمن مقابل التزام هذا المؤمن بتحمل الخطر المؤمن منه وتغطيته. والخطر هو الأساس الأول الذي يتحكم في تحديد سعر القسط، ويتكون القسط من عنصرين،القسط الصافي وعلاوات القسط ومجموع العنصرين يكون القسط الفعلي.، العوض المالي هو الالتزام الذي يلتزم المؤمن القيام به عند تحقق الخطر المؤمن منه في عقد التأمين. ويتخذ عدة صور ، التعويض النقدي_ التعويض العيني،تعويض خدمي.، والأول مال أما الثاني فإصلاح الضرر اذا أمكن. وأخيرا التعويض الخدمي فله صورتين الأولى مباشرة إجراءات التقاضي والثانية الدفاع أمام القضاء، المساعدة القضائية.، المهدي: نويه محمد الصادق ، **عقد التامين** ، دار النهضة العربية ، ص113-176.

أولاً: الالتزام بتوفير التأمين في عقود الأشغال وشروطه

1) الالتزام بتوفير التأمين

لم يعد توفير التأمين في عقود الاشغال الدولية ضروريا فحسب بل أصبح التزاماً، كما أنه لم يعد اختيارياً على الطرف الملتزم بها في مجال عقود الأشغال الدولية، وانما امتدت لتشكل التزاماً تعاقدياً بالإضافة الى كونها ملزمة، حيث أنه بموجب وثيقة التأمين لا يكتفي رب العمل بنقل الأخطار المؤمن عليها الى المقاول، بل بالإضافة الى ذلك فإنها الزام وحماية للمقاول ضد هذه الاخطار المؤمن عليها، بالإضافة إلى أن الهيئات والمؤسسات الدولية التي تمويل هذه المشاريع

تشترط حتى يتم التمويل توفير وثيقة تأمين ضد المخاطر لهذه المشاريع حتى يتم التمويل، ويكون الهدف منها حماية المشرع من اية مخاطر غير محتملة في حال حدثها .[195]

وقد نصت المادة 109 من كراسة عقد الفيدك الدولي على" أن يلتزم المتعاقد خلال الخمسة عشر

يوما التالية لإعلان الموافقة على العقد، بأن يبرم تأميناً يغطي منذ البداية أصول الأعمال، ومسؤوليته عن حوادث العمل ومسؤوليته المدنية في الحوادث الواقعة للغير نتيجة الأعمال يلتزم بتقديم دليل المنظم لأقساط عندما يطلب ذلك." [196] وهذا يقودنا إلى دراسة شروط وثيقة التأمين في الفرع التالي.

2) شروط عقد التأمين في عقود الأشغال الدولية

لكي يصار إلى اعتماد عقود التأمين التي بتطلبها عقد الأشغال، لا بد من توافر عدة شروط وقد استخلصت هذه الشروط من بنود عقد المقاولة الموحد وهي حسب الآتي:

1) أن تكون تلك عقود التأمين مبرمة وفق متطلبات وشروط عقد الأشغال الدولي الموقع مع المقاول.
2) أن تنظم عقود التأمين لدى شركات تأمين محلية، على أن تكون تلك الشركات مجازة للعمل ومعتمدة، وحسب الشروط التي يوافق عليها صاحب العمل الإدارة.

---

[195] الغندور ، **التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية** ، مرجع سابق ، ص 438 ، 439 .
[196] خلف ، **الترجمة العربية للشروط العامة لعقد الفيدك النموذجية لعام 1999**، ص103

ويعتبر التأمين من أقوى الضمانات المالية فهي تعلو على الكفالات أو المحتجزات، حيث أنه أحيانا لا تكفي قيمة الكفالة أو المحتجزات لتغطية قيمة الأعمال، وهي وفق التشريع الأردني 15% كمجموع إجمالي لتغطية باقي الأعمال.

وقد بينت تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية ذلك في المادة 2/2/5 من التعليمات رقم 71 لسنة 1987، و كذلك في البند رقم 13 ملحق عرض المناقصة ج2 من دفتر عقد المقاولة:

1) قيمة حد المحتجزات 5% من قيمة العقد وأية زيادة تطرأ عليه.
2) كفالة حسن التنفيذ تكون بنسبة 1% من قيمة العقد.

وفي هذه الحالات تقوم شركات التأمين بدورها الفعال، فتغطي بموجب الوثيقة البوليصية قيمة تلك الأشغال، هذا عندما تكون البوليصة شاملة للتامين على الأشغال وعلى معدات المقاول المتعاقد مع الإدارة.[197]

ويجب التقيد بشروط التأمين وفي حال المخالفة يفرض عقد التأمين شروطاً على المقاول وعلى صاحب العمل، ويجب على كل منهما ان يتقيد بتلك الشروط. فإذا قصر أي منهما في ذلك، فإنه يتعين على كل منهما تعويض الآخر علن الخسارة والأضرار التي تنجم عن أي تقصير.

ثالثاً: جزاء عدم إبرام وثيقة التأمين في عقود الأشغال الدولية

اذا لم يقم المقاول بإبرام وثيقة التأمين وفقاً للقانون وفقا لما هو متفق عليه، او لم تعد سارية المفعول، فهل يحق للصاحب العمل ايقاع جزاء عليه؟

للإجابة على هذا التساؤل نرجع الى نص المادة 1/18 من عقد الفيدك بعد التعديل الاخير في شهر سبتمبر 1999 فقد نصت على ما يلي:" إذا فشل الطرف المؤمن في ابرام والاحتفاظ بسريان تأمين قائم مطلوب إنجازه والاحتفاظ بسريانه بموجب العقد ولم يصادق الطرف الآخر على

(197) يقابلها المادة 35 من قانون رقم 6 لعام 1999 بشأن العطاءات الحكومية حيث جاء فيها :" تحدد كفالات عطاء الأشغال على النحو التالي: كفالة المناقصة: تحدد بمبلغ مقطوع، ويحتسب هذا المبلغ على أساس نسبة 2-3% من القيمة المقدرة للعطاء ويتم بيانه في ملحق نموذج عرض المناقصة. كفالة حسن التنفيذ: تكون بنسبة 10% من قيمة العقد كفالة الصيانة: تكون بنسبة 5% من قيمة المشروع الفعلية بعد الإنجاز. تحدد لعطاءات الخدمات الفنية كفالة حسن أداء نسبة 10% من قيمة العقد. تحدد في ملحق نموذج عرض المناقصة مدة تنفيذ العطاء وقيمة غرامة التأخير عن كل يوم على أن تكون تلك الغرامة متناسبة مع قيمة العطاء ومدة تنفيذه. وان لا تزيد نسبة غرامة التأخير اليومي من القيمة الكلية للعطاء عن 10% من معدل الإنتاج اليومي على أن لا تزيد نسبة الغرامة من القيمة الكلية للعطاء عن 10%. يجوز بموافقة الوزير أو المسؤول المختص دفع دفعات مقدمة من قيمة المشروع تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد بقيمة الدفعة المقدمة وذلك وفقاً للشروط والنسب والحدود التي تبينها التعليمات أو الشروط الخاصة للعطاء .

اسقاطه ولم يبرم بنفسه تأميناً لتغطية هذا الاخلال يلتزم الطرف المؤمن بدفع آية مبالغ كان مكن أن يغطيها هذا التأمين." [198]

ويمكن أن نستخلص من نص المادة السابقة ان المقاول الملتزم بإبرام وثيقة التأمين ليس عليه التزاما فقط بإبرام الوثيقة انما يجب عليه المحافظة على سريانها طيلة مدة العقد، فإذا سقطت الوثيقة ولم يقرها الفريق الثاني، ولم يقم بنفسه بإبرام وثيقة تامين جديدة لتغطية المخاطر وهذا الاخلال، فإن المؤمن يلتزم بدفع اية مبالغ كان من الممكن أن يغطيها هذا التأمين.

وذهب البعض على أحقية رب العمل في عدم الدفع للمقاول طوال المدة التي لم يلتزم بها بإبرام وثيقة التأمين، مع اعطائه الحق كذلك بفسخ عقد الأشغال الدولي، مع حقه بالرجوع بالتعويض على المقاول عن اية اضرار اصابته من جراء عدم تنفيذ التزاماته بخصوص وثيقه التأمين.[199]
وبعد أن قمنا بدراسة الالتزام بتوفير التأمين وشروطه ، وجزاء الاخلال بتوفيره، فإنه يجب الإشارة الى كيفية الحصول او استعمال أموال التأمين في الفرع التالي:

رابعاً: الحصول واستعمال أموال التأمين

عندما يتحقق الخطر المؤمن ضده، وهو العنصر الرئيس في التأمين، فالتأمين يستهدف حماية المؤمن له من خطر معين يهدده، وهو في عقد التأمين هذا إنما يكون لحماية الأشغال والمواد والتجهيزات والفريق الثالث والعمال والحوادث.

فإن القاعدة حسب عقد الأشغال أن يقوم المقاول بإصلاح تلك الأضرار، وتقوم شركة التأمين بدفع مبالغ التأمين إلى صاحب العمل الذي يقوم بدوره بدفع أية بالغ يستلمها للمقاول على دفعات، حسبما يوصي بذلك المهندس. واذا زادت التأمينات عن المبالغ التي تكبدها المقاول في الإصلاح، فهي تدفع للمقاول. أما اذا نقصت تلك الواردات عن تكاليف الإصلاح، فعلى المقاول أن يتحمل العجز الناشئ عن ذلك.

وفي حوادث وإصابات العمل يلتزم أصحاب الأعمال بتامين عمالهم بالضمان الاجتماعي، ويعتبر هذا الضمان جزءاً من التامين على المستخدمين والعمال ضد الحوادث اذا كان المقاول مشتركاً بأسمائهم في مؤسسة الضمان الاجتماعي، ويقوم بتسديد الاشتراكات عنهم في المواعيد المحددة،

---

[198] المادة 1/18 من عقد الفيدك بعد التعديل الأخير في سبتمبر سنة 1999 .
[199] الغندور ، **التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية** ، مرجع سابق ، ص 438 ، 439 .

ولكن الضمان الاجتماعي لا يغني المقاول عن التأمين على العمال المستخدمين بما يغطي المسؤوليات التي تترتب عليه. [200]

ويلتزم المقاول بتبليغ المهندس بشكل خطي فور وقوع الحادث في الموقع، وذلك عندما يتسبب بإصابة أي من العمال أو المستخدمين او الأضرار بالممتلكات، ويقدم المقاول في سبيل ذلك جميع التفاصيل والشهود للمهندس. ولكن من المهم ان يقوم المقاول بتبليغ السلطة المختصة بهذه الحوادث، خاصة عندما تتطلب القوانين والأنظمة ضرورة لإجراء هذا التبليغ. [201]

من خلال دراستنا لدور التأمينات في حفظ التوازن المالي لعقد الأشغال فإننا نتوصل الى نتيجة مفادها أن التأمينات تعتبر الضمانة الأقوى من بين الضمان الاخرى في عقد الاشغال كونها لم تحدد بنسب مثل الكفالات من قيمة الاشغال وفق ما تم ذكر، كما انه تحفظ توازن المالي للمشروع بتغطية جميع الخسارات التي من ان تلحق بالعقد نتيجة لأي حادث طارئ وغير محتمل، الامر الذي يحافظ على المال العام ويحقق المصلحة العامة ويضمن استمرار المرفق العام.

---

[200] جابر ، **ضمانات المشاريع الانشائية العامة** ، **مرجع سابق**، ص315 و 316.

[201] المادة 1/18 من عقد الفيدك بعد التعديل الأخير في سبتمبر سنة 1999

المطلب الثاني

دور الضمانات الإدارية في المساهمة في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

ضمانات الإدارة في عقود الأشغال الدولية تعرف بأنها "مجموعة من الاجراءات الإدارية المباشرة التي تمثل وسائل حماية قانونية للمشروع." وأن جميع الاجراءات ممكن أن تتخذها الادارة بشكل منفرد دون الرجوع الى المتعاقد معها. فيما عدا حالة "سحب المشروع" التي تتطلب انذاراً عدلياً.

وتعد الضمانات الادارية جزاء عن تقصر المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد وفق شروطه المطلوبة وهي رادع حتى يقوم المتعاقد مع الادارة من تنفيذ العقد بالشكل المطلوب وعدم التأخير في التنفيذ وحيث أنها وجدت للصالح العام والمنفعة العامة، وتستند الادارة في فرض هذه الجزاءات والضمانات الى معيار مزدوج وهو العقد الموقع بين الطرفين والاساس الثاني يتمثل في سلطات الادارة في فرض سلطنها ورقابتها على تنفذ المشروع تطبيقا لقاعدة سير المرفق والتي تهدف الادارة من خلاله في تحقيق المصلحة العامة. وهذا ما اكدت عليه محكمة التمييز العرقية في قرار حيث جاء فيه:" إن العقود الادارية القائمة على أساس المرفق العام يتحقق الضرر بمجرد التأخير لحرمان المواطنين من الفائدة المتوخاة ولا لزوم لإثبات الضرر."[202]

وقد حددت الجزاءات الادارية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في عقد الأشغال الدولية أما أن تكون جزاءات مالية و جزاءات غير مالية [203].

وتتميز هذه الضمانات بسهولة ويسر إجراءاتها عندما يتقرر الاستفادة منها لصالح المشروع، كما أنها تتفوق في مجموعها على غيرها من الضمانات المالية، من حيث قوة حمايتها لمشروع، فبعضها يعتبر تهديداً مالياً، كالغرامة والحسم والخصم، وبعضها وسائل ضغط مالي كالحجوزات، وبعضها لإثبات جديد التعاقد كرسوم الطوابع واستيفاء حقوق الدولة.

ثم إن هناك ضمان لإنقاذ المشروع عند اختلال التوازن وثبوت عجز المقاول عن متابعة التنفيذ، وهي سحب المشروع وحجز ممتلكات المقاول في المشروع.

غير أن ثمة ضمانات أخرى، ولكنها مطلوبة من الإدارة وليس من المقاول، وذلك لضبط إجراءات الإدارة وتوفير الأموال على خزينة الدولة وعدم زيادة الأعباء المالية أو إلحاق خسائر مالية

---

(202) قرار رقم 2113/حقوقية 1964في 1965/4/11 ،المجلد **الثالث** ،**ص 126** .

(203) د.سلمان الطماي ، **الاسس العامة للعقود الادارية ،دراسة مقارنة** ، دار الفكر العربي ، سنة 1991 ، ص 502. ود. ابراهيم طه الفياض ، القانون الاداري ، مكتبة القلاح ، الكويت ، 1989 ، ص 119 . د. عبد المجيد فياض ، **نظرية الجزاءات في العقد الاداري** ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة 1975 ، ص124 وما بعدها .

بالمشروع، وتتمثل في انتظام دفعات الصرف وتقييد أوامر التغيير. والتي سوف ندرها في الفرع الأول من هذا البحث وفي الفرع الثاني ندرس الضمانات الادارية المطلوب من الادارة اتخاذها في مواجهة المقاول ودورها في حفظ التوازن المالي للعقد.

الفرع الأول: الضمانات الادارية المطلوبة من جهة الادارة ودورها في المساهمة في حفظ التوازن المالي للعقد .

الفرع الثاني: الضمانات الادارية المطلوبة من جهة الادارة في مواجهة المقاول ودورها في المساهمة في حفظ التوازن المالي للعقد

الفرع الأول: الضمانات الادارية المطلوبة من جهة الادارة ودورها في المساهمة في حفظ التوازن المالي للعقد

يوجب عقد الاشغال على الادارة أن تتقيد بعدة امور وواجبات من أجل ضمان استمرار حفظ التوازن الالي للعقد ، وتتمثل هذه الأمور في تقييد الامور التغيرية وتغير الثمن ، وصرف الدفعات في مواعيدها ، وحق الادارة في انهاء العقد بإرادة منفردة . وسوف ندرسها في الفروع التالية:

وهذه الضمانات تتمثل في أوامر التغير وتغير الثمن وحق الادارة في انهاء العقد بإرادة منفردة وسوف ندرسها من خلال الاتي:

أولاً: الأوامر التغيرية و تغيير الثمن

من المسلم به أن عقود الأشغال الدولية هي عقود متراخية التنفيذ، إذ يستمر تنفيذها مدة زمنية طويلة، وقد يتخللها أحداث وظروف لم تكن متوقعة عند ابرام العقد، كما أن احتياجات وظروف رب العمل متغيرة بطبيعتها ومتطورة كذلك. لذلك يقر الفقه المقارن لهذه العقود بحق رب العمل في التغيير بالإرادة المنفردة بموجب أوامر تغييرية[204]، هذا وقد عرف عقد الفيديك التغيير أو الأمر التغييريVariation بأنه" أي تغيير في الأشغال يتم إصدار التعليمات له والموافقة عليه كتغيير بموجب أحكام الفصل الثالث عشر"[205] وقد اعترف القضاء الاداري المصري بهذا الحق وقضت محكمة القضاء الاداري المصري في بعض أحكامها " "بأن سلطة الإدارة في تعديل العقد

---

[204] الحريري ، د. محمد فؤاد ، **تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيدك النموذجية** ،دار النهضة العربية ، 2011 ، ص 530 _ ص 146 .

[205] المادة 9/6/1/1 من دفتر عقد المقابلة الموحد، الشروط العامة، مرجع سابق.

أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص المميزة لنظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ... فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها – كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل – من غير ، أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"[206]

1) تعريف أوامر التغيير في عقد الأشغال الدولي

بالرجوع الى الشروط العامة للطبعة الرابعة من كتاب الفيدك الأحمر عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادر عام1987 ، والشروط العامة لعقد التشييد لأعمال البناء والهندسة المصممة من رب العمل المعروف بكتاب الفيدك الأحمر الجديد الصادر عام 1999 ، فإنها نصت جميعها

على صور متنوعة لأوامر التغيير،

فالبند الفرعي 1/51 من الشروط العامة للطبعة الرابعة ينص صراحة على " للمهندس أن يجري أي تغيير في شكل أو نوعية أو كمية الأعمال أو أي جزء منها، متى كان ذلك ضروريا في رأيه وتكون له، تحقيقها لهذا الغرض أو لأي سبب آخر يراه مناسبا في أن يصدر تعليماته إلى المقاول الذي يلتزم بها ليقوم بما يلي:

أ. زيادة أو انقاص كم أو أي عمل وارد في العقد.

ب. حذف أي عمل ولكن ليس له الحق إذا كان العمل المحذوف مما يتم تأديته بمعرفة رب العمل أو أي مقاول آخر.

ت. تعديل طبيعة أو نوعية أو صنف أي عمل.

ث. تعديل المستويات، والخطوط، والمواقع وابعاد أي جزء من الأعمال.

ج. تنفيذ عمل إضافي من أي نوع لازم لإتمام الأعمال أو تعديل أي تسلسل معين أو توقيت بناء جزء من الأعمال"[207]. والسؤال الذي يحتاج لإجابة بإجازة التغيير مطلقة أم مقيدة؟

---

[206] نقلا عن د. حمدي اقبيلات _ مرجع سابق _ ص 83 .
[207] الترجمة القانونية-الفيدك الشرقاوي، **العقود التجارية الدولية**، ص 78

وهذا التساؤل يقودنا لمعرفة من هو صاحب السلطة في التعديل والذي سوف نوضحه في الفرع التالي من هذه الدراسة.

2) من هي السلطة المختصة بإجراء التغييرات

ان نصوص عقد الفيدك عندما أجازت الحق في اجراء التغييرات لرب العمل جعلت هذا الحق مشروطاً بصدوره قبل إصدار شهادة تسليم الأعمال وحدد ذلك التغيير بطريقتين:

الطريقة الأولى: أن يصدر الأمر بالتغيير الى المقاول .

أما **الطريقة الثانية:** فبواسطة طلب يقدم الى المقاول. الا أن المادة 1/13 من عقد الفيدك منحت

الحق للمقاول بأن يمتنع عن إجراء هذ التغييرات بواسطة اخطار يقدمه إلى رب العمل مدعماً بالأسباب التي تبرر هذا الامتناع، وعندما يتسلم رب العمل الإخطار يكون له الحق أن يلغي أو يؤيد أو يغير هذه التعليمات.

وقد أعطت المادة 3/13 من عقد الفيدك لرب العمل أن يطلب من المقاول اقتراحاً سابقا على الأمر بعمل تغييرات، والمقاول في الصدد له أن يتخذ طريقتين:

الأول تتمثل في عدم الاستجابة لهذا الاقتراح مع تقديم الأسباب التي تبرر رفضه.

أما الطريق الثاني فيتمثل في أن يقدم الآتي:

1) وصفاً للتصميم المقترح أو العمل المطلوب اداؤه وبرنامج التنفيذ.
2) اقتراح المقاول لأي تعديلات ضرورية على البرنامج الزمني وفقا للبند3/8 وقت الأثمان.
3) اقتراح المقاول بخصوص تعديل قيمة العقد، وعلى رب العمل بعد تلقي هذا الاقتراح أن يوافق أو يرفض ابداء رأيه.

ونظراً لأن عقد الفيدك يأخذ بما هو من شأنه أن يقلص من حجم المنازعات والتقليل من اللجوء إليها، فقد اشترط البند الفرعي 4/3 من عقد الفيدك بعد التعديل سابق إليه على ضرورة أن تكون هذه التعليمات كتابية[208].

والسؤال الذي بحاجة الى اجابة: ما مدى تأثير الأوامر التغييرية على التوازن المالي للعقد؟

للإجابة على هذا السؤال من خلال الفرع التالي:

4) مدى تأثير أوامر التغيير في توازن مركز المتعاقدين

حينما يأمر رب العمل بإجراء تعديلات أو تغييرات على العقد يكون من العدالة أن يتحمل رب العمل الزيادة في الأعباء المالية الناجمة عن هذه التعديلات والتي ألزم بها المقاول، ولكن يتعين في هذا الصدد أن نفرق بين أمرين مهمين في هذه العملية.

1) الاستخدام الصحيح لسلطة التعديل

اذا قامت الإدارة باستخدام سلطة التعديل أو التغيير وفقاً لحقه، وطبقا لنصوص العقد دون تعسف، فإنه يترتب على هذا الاستخدام أثران يتمثلان في الآتي:

الأثر الأول: حق المقاول في الحصول على مقابل الأعمال المترتبة على استخدام التغييرات أو التعديل، وقد أخذ عقد الأشغال الدولي بمبدأ تطبيق الأسعار التعاقدية على الأعمال التكميلية بحيث يتم تقدير مقابل هذه الأعمال بإحدى طريقتين:

أ. **الطريقة المباشرة**: باستخدام المقابل الذي تم تحديده في العقد فيما يتعلق بالأعمال المتفق عليها ابتداءً أو تلك المتفق عليها بشكل خاص بالنسبة لطبيعة الاعمال التكميلية.

ب. **الطريقة غير المباشرة:** ويكون ذلك بتقدير على أساس الأسعار التعاقدية للأعمال المتفق عليها في بداية العقد، وذلك في حال عدم وجود سعر لطبيعة الأعمال التكميلية[209].

وقد فرق عقد الفيدك بين أمرين بخصوص تحديد ثمن الأعمال التكميلية وذلك في المادة 1/52 وفق الآتي:

---

[208] الحبشي ، **التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية**، مرجع سابق ،ص 155.

[209] Glavinisp _ op_ cit_ p233.

1) إذا كانت تلك الأعمال من طبيعة الأعمال المتفق عليها. فإنه في هذه الحالة يحدد على أساس نسبة وثمن المقايسة التكميلية.
2) عدم النص على جدول الثمن على مراتب الوحدات التي تكون محل أمر التعديل. وفي هذه الحالة يتم تحديد سعر الأعمال على اساس سعر العقد إلى القياس على أسعار القائمة طبقاً لحدود المعقول[210] .

الأثر الثاني: إطالة امد تنفيذ العقد

إن عقد الفيدك قد الزم المقاول بتنفيذ جميع الأعمال المتفق عليها وكذلك التعديلات خلال مدة العقد المتفق عليها في المادة 1/43 من بنود العقد.

الا أنه يحق للمقاول إطالة أمد تنفيذ العقد إذا كانت طبيعية الأعمال التكميلية، تحتاج الى وقت اضافي زيادة على الوقت الأصلي المتفق عليه من اجل اتمام تنفيذها. ووفي هذه الحالة يكون على المهندس بعد التشاور مع رب العمل والمقاول تجديد مقدار هذه الإطالة، وإخطار المقاول بذلك مع ارسال صورة لرب العمل[211].

وليست كل التعديلات والتغييرات تحتاج إلى إطالة أمد تنفيذ طالما أن الوقت الأصلي كاف لتنفيذ الاتفاق الأصلي واجراء التعديلات. وهذا يحقق التوازن المالي لأطراف العلاقة التعاقدية[212].

2) **الاستخدام التعسفي لسلطة التعديل**

في حالة قيام رب العمل باستخدام سلطاته في التعديل بصورة تعسفية فإنه يترتب على ذلك عدة آثار تنحصر بالاتي:

الأثر الأول: فسخ العقد

يجوز للمتعاقد مع الإدارة فسخ العقد عندما تتجاوز التغييرات أو التعديلات نسبة تعاقدية محددة في شروط العقد، وتمنح بنود الفيدك المقاول في فسخ العقد في حالتين:

الحالة الأولى: تخفيض كمية الأعمال إلى أكثر من 33%من الأعمال المتفق عليها.

---

(210) 4Glavinisp _ op_ cit_ p23.

(211) الترجمة القانونية لعقد الفيدك ،ص 76 .

(212)المصري، حازم بيومي ، **التوازن في العقد الاداري الدولي الفيدك** ، **اليونتسرال دراسة** مقارنة ، دار النهضة العربية ،2010،ص 188 .

الحالة الثانية: عدم وجود اتفاق مع الإدارة على مبلغ التعويض[213].

الأثر الثاني: عدم التنفيذ

أجاز عقد الفيدك رفض الأمر الصادر إليه بالتعديل أو التغيير الذي يستلزم القيام به مواد غير مستخدمه في الأعمال الأولى وليست موجودة في الموقع، وتمنح بنود عقد الفيدك للمقاول الحق في عدم تنفيذ التعديلات أو الاعمال التكميلية _ اذا زادت عن الثلث[214].

الأثر الثالث: طلب ثمن مختلف[215]

يحق للإدارة المتعاقدة أن تطالب المقاول أثناء تنفيذ العقد بتعديل كميات أو حجم الأعمال بالزيادة في حدود 25% بالنسبة لكل بند من بنود الأعمال بما يحقق المصلحة العامة، يلتزم المقاول بتنفيذ التعديلات التغيرات(216)، لكنه في المقابل يجوز له مطالبة الإدارة عن الأعمال التي قام بها والزائدة عن الاتفاق و يتم محاسبته عليها بذات الأسعار المتفق عليها في العقد(217). أما إذا زادت الأعمال عن نسبة 25% فإن المقاول يكون ملزماً بتنفيذها ما لم يكم من المستحيل تنفيذها في ضوء امكاناته وقدراته المالية والفنية المحدودة، واذا قام بها فإنه ينشأ له الحق في مطالبة الإدارة بقيمة هذه التغييرات وما تحمله من أعباء مالية وفنية لتنفيذها، ولا يتم محاسبته عليها وفق الأسعار المتفق عليها وانما يتم احتسابها وفقاً لأسعار السوق وقت تنفذها، إذا لم يتم الاتفاق فما بين الاداة والمتعاقد(218).

الأثر الرابع: تقييم التغييرات

يحق للمقاول تحقيقا للتوازن المالي للعقد في حالة قيامه بإجراء التعديلات والتغييرات الصادرة له التدخل لإعادة تقيم النتائج المالية المترتبة على ذلك التغيير، أو التعديل إما بناءً على طلبه خلال 14 يوماً من أمر التشغيل وفقا لعقد المقاولة الموحد،[219] وإما بناء على طلب المهندس حينما يكون لهذا التعديل نسبة أو سعر تعاقدي يتم تطبيقه على الأعمال المطلوبة[220] .

---

(213) Glavinisp _ op_ cit_ p، 135.

(214) Glavinisp _ op_ cit_ p _136

(215) الحبشي ، **التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية**،مرجع سابق، ص160

(216) الحريري، فؤاد، **تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير** ، مرجع سابق، ص 658

(217) . Glavinins p. _op_ .cit_ p.136

(218) الحريري ،فؤاد، **تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير** ، مرجع سابق ،ص 658- 659

219 المادة (67) من عقد المقاولة الموحد .

(220) الحبشي ، **التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية**، مرجع سابق، ص161

الاثر الخامس: الحق في الحصول على التعويض بالإضافة إلى الثمن

يحق للمقاول أن يحصل على تعويض نتيجة لقيامه وتنفيذه الأوامر التغييرية، فإذا كانت التغييرات بالزيادة وتحمل المقاول في تنفيذها تكاليف اضافية نتيجة ارتفاع أسعار المواد الأولية اللازمة للتنفيذ أو ارتفاع اسعار الايدي العاملة، فان اعتبارات العدالة والتوازن المالي للعقد تقضي القول بأنه يستحق تعويضا عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الأعمال الزائدة.

كذلك إذا كانت الأوامر التغييرية بالنقص كأن يتم الغاء جزء من العقد أو الأعمال في هذه الحالة يستحق المقاول تعويضا عن الكسب الفائت الذي كان سيحققه من وراء تنفيذ هذا العقد، ومن جهة أخرى فإن المقاول قد أبرم عقوداً مع آخرين من أجل اتمام الأعمال التي تم الغاؤها، وهذا يحمله التزامات باتجاه الاطراف التي ابرام عقوداً معهم . أي ان المقاول ممكن أن يتضرر من جراء حذف او الغاء جزء من الاعمال بموجب التغييرات بالنظر إلى التعاقدات التي أبرمها بمجرد ابرام عقد الأشغال الدولي[221].

لكن السؤال الذي بحاجة إلى إجابة: هل يحق لمقاول أن يرفع دعوى أمام القضاء ويطلب فيها الحكم بإبطال او الغاء أمر تغييري صادر بالمخالفة للقانون أو بالمخالفة لضوابط التعديل سالفة الذكر؟

الأصل ان اختصاصات القضاء بنظر المنازعات المترتبة على العقود الإدارية يدخل في ولاية القضاء الكامل، وليس قضاء الغاء، وفي فلسطين فإن اختصاص المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تكون من اخصاص القضاء العادي وليس القضاء الإداري، وفي مصر والاردن يدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري بولاية القضاء العادي وليس امام قضاء الالغاء[222].

ولما كانت أوامر التغيير تعد بمثابة قرارات ادارية، تدخل ضمن القرارات الصادرة تنفيذاً لعقد أشغال، ويجب ان تتوافر فيها الشروط القانونية اللازم لهذه الغاية بحيث تصدر من الجهة المخولة بإصدارها وفقاً للإجراءات القانونية المعدة لهذه الغاية وكذلك سبب القرار، ومن ثم يجوز للمقاول المتعاقد مع الادارة أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم على خلاف القواعد المقررة لهذه الغاية[223]، وفي هذه الحالة يحق له الرفع أمام القاضي الاداري وينظر بولاية القضاء العادي.

---

[221] الحريري ، **تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير** ، مرجع سابق ،ص 87 وما بعدها .
[222] الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ،ص 178 .
[223] الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ،ص190.

ويعد هذا إحدى وسائل حفظ التوازن المالي للعقد لمواجهة سلطة الادارة في تعديل العقد بإرادة منفردة إذا صدر التعديل بالمخالفة لقواعد المشروعية، ونظرا لكون هذه الدعوى تنظر تحت ولاية القضاء العادي فإنه لا تتقيد بمواعيد دعوى الإلغاء. ويؤكد جانب من الفقه على انه في حالة مخالفة الادارة قواعد المشروعية في التعديل الذي تقوم به، فان الغاءه لا يعني الغاء العقد إنما يبقى العقد الأصلي سليماً قانونياً وينصب الالغاء على أمر التغيير واستمرار تنفيذه، وذلك لحسن سير المرفق العام[224].

ويرى جانب آخر من الفقه بأنه يحق للقاضي ايقاع عقوبات غير فسخ العقد على العقد إذ يملك القاضي بناء على ذلك طلب المقاول، استهدافا للصالح العام[225].

ثانياً: صرف استحقاقات المقاول في مواعيدها

ان المقاول عندما يقبل على الاشتراك في المناقصة إنما يهدف أصلاً إلى تحقيق الربح، ولولا هذا المقابل الذي يعتبر ركناً أساساً في هذا العقد، ولم يتم التعاقد مع الإدارة. أضف الى ذلك ان أن الادارة لا تملك سلطة التعديل بالإرادة المنفرة لهذا الركن، لأنه لو كانت الإدارة تملك سلطة التعديل في هذا الركن الأساسي لما تحقق الاستقرار، ولأحجم الأفراد عن التعاقد مع الإدارة. لهذا فأنه يجب على الادارة ان تلتزم بهذا الثمن وفقا ما يتم الاتفاق عليه وهناك عدة صور لطريقة دفع الثمن في عقود الأشغال الدولية.[226]

عادة ما تقتضي طبيعة مشروع الأشغال تنفيذ الأعمال على مراحل حسب برنامج العمل من خلال المدة المحددة بالعقد، وهذا الامر يتطلب أن يتم دفع الثمن على مراحل يطلق عليها "دفعات". وهي تنظم بموجب كشوفات شهرية على نموذج محدد يقرره المهندس ويمثل هذا الكشف مرحلة إنجاز معينة من مراحل المشروع. وينص العقد على حد ادنى لقيمة الدفعة المقدمة للصرف، بحيث لا يجوز أن يقل صرف الدفعة عن هذا الحد.

وهذه الكشوفات تخضع لتصدق المهندس الاستشاري حتى يتم صرفها ، ويكون من واجب المهندس التأكد من العمل المنجز وهل المقاول ملتزم ببرنامج العمل وفقا ما تم الاتفاق عليه.

---

[224] الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق، ص 236 .

[225] علي ، د .ابراهيم محمد ، **أثار العقود الادارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحة التنفيذية** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2003 ، ص 160 .

[226] تم الاشارة اليه في وقت سابق من هذه الاطروحة ، ص 45

وبعد تصديق المهندس على الكشف، يقوم برفع المطالبة المالية لصاحب العمل، الذي يلتزم بدوره بصرف هذه القيمة يهدف صرف الدفعة في مواعيدها الى: [227]

تسهيل أعمال المقاول من خلال تزويده بالسيولة النقدية. الامر الذي يؤدي الى سرعة انجاز باقي الأعمال وبالتالي تسليم الأعمال في موعدها المحدد.

تمتاز المواعيد التي أوردتها المادة 60 من الشروط العامة بالصفة الإلزامية. فالإدارة ملزمة بصرف قيمة الدفعات خلال المدد المحددة، ومخالفة هذا الالتزام ترتب على الإدارة دفع الفوائد القانونية للمقاول بدل التأخير عن صرف الدفعات، وتحتسب الفوائد فقاً للقاعدة التالي:

9.5 × قيمة الفاتورة× مدة التأخير/ 36.

و يترتب على تأخير صرف الدفعات التأخر في إنجاز العمل عن موعده المحدد بالعقد، وتأخير تحقيق الفوائد المرجوة من المشروع، منح مدد إضافية عن تأخير صرف الدفعة، وهي في هذه الحالة من المدد المبررة. وكذلك دفع قيمة الفوائد المترتبة على التأخير. أضف الى ذلك صرف قيمة الدفعة في نهاية الأمر كما هي، مضافاً إليها قيمة الفوائد المستحقة على التأخير، وبالتالي لا تنال الإدارة مزيداً من الخسائر وهدر المال العام.

فإذا كان على المقاول أن يلتزم بمدة العقد وإنجاز الأعمال بدقة، متقيداً بكافة الشروط المطلوبة منه، وألا يخالف ذلك لئلا توقع عليه غرامات التأخير والتعويضات الأخرى، فإن على الإدارة أن تلتزم هي أيضاً بالمدد المقررة والمحددة لصرف قيمة الفواتير، تحقيقاً للمصلحة العامة وحفاظاً على المال العام.

و السؤال الذي بحاجة الى اجابة ما أثر التأخير في صرف الدفعات على العقد؟

يؤدي التأخر في صرف الدفعات للمقاول إلى انهيار العقد بعد مرور 14 يوماً من تاريخ الإشعار الذي يرسله المقاول للمهندس. ويلتزم صاحب العمل بدفع التعويض عن الخسائر والضرر الذي يلحق بالمقاول نتيجة الإنهاء.

ومن هنا يتضح أن حجم الأضرار التي يلحقها صاحب العمل بخزينة الدولة عند إخلاله بالتزامه، وعدم دفع الفواتير بمواعيدها. ولكن المدة التي يحق للمقاول من خلالها توقيف العمل أو تخفيض معدل سيره هي ال 28 يوماً التالية للمدة المحددة السابق ذكره. وبعدها يحق له اتخاذ إجراءاته.

---

[227] المومني: أحمد سعيد، **مسؤولية المقاول والمهندس**،مرجع سابق ، ص3-34، د. خلف داوود، **العقود والمواصفات**،مرجع سابق ص49.

ومنحه تمديداً للوقت. ولكن إذا دفع صاحب العمل الدفعة فإن المقاول يلتزم بالإسراع لاستئناف العمل.[228]

قد أعطى عقد الفيدك حقاً خطيراً لرب العمل بل هو من اخطر الحقوق التي يمكن ان تؤثر على التوازن المالي في مركز طرفي العقد، ألا هو أحقيته في انهاء العقد من جانب واحد. فجاز له الاستغناء عن المقاول والاستحواذ على الموقع والأعمال، وإتمام العمل بنفسه أو استخدام مقاول آخر لإنهاء العمل. أي يحق له انهاء العقد بإرادته المنفردة[(229)].

ولكن هل هذا الحق مطلق أم مقيد؟ في الواقع بأن البند1/63 والمادة 6/65 من عقد الفيدك قيدتا استعمال رب العمل لهذين الحقين بتوافر شروط معينة وهي وفق الاتي:

1) إذا كان المقاول قد اعتبر طبقاً للقانون بأنه متوقف عن دفع ديونه أعلن إفلاسه سواء كان ذلك إجباريا أم اختياريا.
2) إذا بدأ في إجراءات تصفية أو حل بخلاف التصفية الاختيارية بهدف الاندماج أو اعادة التنظيم.
3) إذا أصبح المقاول معسراً.
4) إذا أعاد المقاول جدولة مديوناته مع دائنيه أو حول لهم حقوقه.
5) إذا وافق المقاول على تنفيذ العقد تحت اشراف لجنة تفتيش مكونة من دائنيه.
6) إذا تم تعيين حارس قضائي أو مدير أو مصف على جزء جوهري من أصوله.
7) إذا اتخذ ضد المقاول إجراءات طبقاً لأي قانون أو لائحة متعلقة بإعادة جدولة أو تسوية الديون أو صدرت أية قرارات متعلقة بالحل او التصفية.
8) إذا اتخذت خطوات التنفيذ الجبري بموجب أي ضمانه على جزء جوهري من أصول المقاولة.
9) إذا اتخذ أي عمل أو طرأت أية واقعة تتعلق بالمقاول أو بأصوله وكان لها طبقاً لأي قانون واجب التطبيق أثر يشابه في جوهره أياً من الأعمال أو الوقائع السالفة.
10) إذا كان قد تم التنفيذ جبرا على بضائع المقاول.

---

[228] المادة (60) من الشروط العامة من عقد المقاولة الموحد .

[(229)] المادة 1/63 و المادة 6/65 ، الترجمة لقانونية لعقد الفيدك ، ص 111 و 112 و 116 .

11) إذا كان المهندس قد أصدر شهادة لرب العمل وأرسل صورة منها للمقاول بأن هذا الاخير في رأي المهندس:

أ. جحد العقد.

ب. لم يقم بدون عذر مقبول بالآتي:

ت. البدء في الاعمال وفقاً للبند الفرعي 41- 21.

ث. الاستمرار في الأعمال أو في أي قسم منها خلال 28 يوما بعد تسليم الاخطار المرسل إليه إعمالا للبند الفرعي 46-1.

ج. لم يمتثل للإخطار الصادر إعمالا للبند الفرعي37- 4، أو إلى التعليمات التي صدرت إعمالا للبند الفرعي 39-1 في خلال 28 يوما بعد تسليمه.

ح. أهمل بالرغم من الإنذار الكتابي الذي سبق أو وجهه إليه المهندس في أداء أياً من التزاماته التعاقدية إهمالا مستمرا أو فادحاً.

خ. مخالفة البند الفرعي 4_1.

واذا تحقق أي من البنود السابق ذكرها فإنه لا يتم انهاء العقد فوراً، وذلك لتحقيق العدالة والتوازن المالي ـ حيث ان المادة 1/63 أوجب صاحب العمل بإشعار المقاول مدة أربعة عشر يوما قبل انهاء العقد والاستحواذ على الموقع، ذلك أنه ممكن أن يستطيع المقاول أن يحسن وضعه ويرتب أموره خلال هذه المدة واعادة قدرته للقيام بالتزاماته في العقد.

أما ما نص عليه دفتر الشروط للمشاريع الانشائية الفلسطينية في المادة 1/80 بأنه يحق لرب العمل فسخ العقد لأية أسباب يرى معها بان الاستمرار في تنفيذ العقد لا يخدم مصلحته فان عليه اشعار المقاول وعلى المقاول في حال استلم الاشعار التوقف فوراً، وبكل الأحوال يعتبر الانهاء نافذاً بعد مرور 28 من تاريخ تسلم الاشعار أو من تاريخ ضمان الاداء إليه من قبل صاحب العمل، وهذا يتنافى مع مبادئ العدالة، وأرى أنه يعد تعسفا ضد حقوق المقاول وكون المادة اشترطت أنه يحق لصاحب العمل أن ينهي العقد بموجب هذه المادة ليقوم بتنفيذ العمل بنفسه أو لتنفيذها من قبل مقاول آخر، فإن هذا الشرط لا يعيد للعقد التوازن المالي ولا يعوض المقاول عما خسره.

الفرع الثاني: الضمانات الادارية المطلوبة من جهة الادارة في مواجهة المقاول ودورها في المساهمة في حفظ التوازن المالي للعقد

يتمثل في غرامات التأخير والتعويض والحسميات والخصميات التي تفرضها الادارة، وسوف ندرسها وفق الاتي:

أولاً: غرامات التأخير

تعرف غرامات التأخير: بأنها أحد الجزاءات المالية التي تفرضها الادارة على المتعاقد معها وهي شرط عقد جوهري يتناسب مع قيمة العطاء ومدة التنفيذ، وتمثل مبلغاً مالياً إجمالياً يحسب وفق قاعدة قانونية لليوم الواحد، وتدفع عند التأخير، وهي مقدرة بموجب النظام، ولا ترتبط بقاعدة السببية.[(230)]

وبمجرد النص على الغرامة في العقد تصبح حق مقرر للدولة، وهذا النص إضافة لتحديد قيمة المبلغ ولا يجوز للإدارة عدم الالتزام به، لأنه وإن كان شرطاً، إلا أنه شرط فرضه النظام بنص تشريعي واج التطبيق، ويترتب على كون الغرامة شرطا جوهريا، ان الغرامات واجبة تحقيقها، وليس للإدارة أن تتغاضى عن الغرامات، فتوقع غرامات أقل من المنصوص عليها، أو أن تتنازل عن الغرامة كلية، وحيث أن الهدف من الغرامة هو اجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته في موعدها المحدد بالعقد دون تأخير عن ذلك الموعد. [231]

وهي تعبر جزءا عن تقصر المقاول في إنجاز الأشغال خلال مدة العمل سواء لكامل الأشغال أو لقسم أو لجزء منها، أو تأخر عن تسليم الأشغال، فيترتب على المقاول أن يدفع قيمة الغرامة المتفق عليها في العقد ملحق عرض المناقصة وهو الوثيقة المدرجة ضمن العقد، ويعتبر هذا المبلغ كذلك تعويضاً اتفاقياً عن كل يوم أو جزء من اليوم ينقضي من تاريخ انتهاء العمل حتى التاريخ المحدد في شهادة الاستلام للأعمال كلها، أو حتى تاريخ تسلم الجزء المعني. وتحصل الغرامة في العادة بخصمها من المبالغ المستحقة أو التي تستحق للمقاول، غير أن سداد المقاول لهذه المبالغ أو

---

(230) الطماوي: سليمان، **العقود الإدارية**، مرجع سابق ، ص443 وما بعدها. ويرى مجلس الدولة الفرنسي إن للإدارة أن تتغاضى عن الغرامات، فتدفع غرامة أقل من الغرامة المنصوص عليها، أو تتنازل عن الغرامة كلية.، الطماوي: سليمان، المرجع السابق، ص467 ، غير أن محكمة الحسابات الفرنسية ترى عكس رأي مجلس الدولة الفرنسي بحجة أن الغرامات تصبح من حق الدولة بمجرد حدوث المخالفة التي تبرر توقيعها.، نفس المرجع، ص467، ونحن نؤيد رأي محكمة الحسابات الفرنسية، وهو ما جرى عليه العمل في الأردن.

231 الطماوي: سليمان، **العقود الإدارية**، مرجع سابق ، ص443

خصمها من مستحقاته لا يؤدي إلى إعفائه من التزاماته بإتمام الأعمال أو من التزاماته أو مسؤولياته الأخرى التي يحددها العقد.[232]

عند اتمام وتسليم جزء أو كل الأعمال وصدور شهادة تسلم بها، قبل موعد إتمام الأعمال كلها، أو قبل إتمام جزء منها، عادة ما يتم تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي عن التأخير في اتمام باقي هذا القسم خلال المدة التالية للتاريخ الوارد في شهادة التسليم. ويكون التخفيض بنسبة قيمة ذلك الجزء الذي تم تسليمه إلى قيمة الأعمال أو قيمة القسم محل التأخير. وهذا يتعلق بغرامة التأخير دون الحد الأقصى لهذا التعويض الاتفاقي .[233]

وفي جميع الحالات التي تستوفي فيها الغرامة، فإن مفهومها ينحصر في احتساب مدة التأخير عن تنفيذ العقد، سواء عند التأخير عن مدة العقد، أو عند التعثر أو الفسخ، فإن مفهوم الغرامة. والمدة التي على أساسها تحتسب الغرامة هي مدة العقد الأصلية، ويقصد بها المدة في العقد المقررة مضافاً إليها المدة الزائدة بسبب مبرر، وأن تحديد قيمة الغرامة في العقد يعتبر ملزم للمقاول بدفعه عند تحقق السبب الموجب له.

ولا يدخل ضمن حساب المدة المحتسبة في الغرامة مدد التوقف عن الأعمال الناشئة عن سبب ليس للمقاول فيه يد، ومهما كانت طبيعة تلك الأسباب وكذلك المدد غير المبررة قانونياً.

وكذلك المدد الناشئة عن الأوامر التغييرية عن زيادة الأعمال، فإنها تحتسب ضمن المدة القانونية المبررة قانونا ولا توجب الغرامة.

و تستوفي الغرامة بحسمها من مستحقات المقاول مباشرة لصالح الخزينة، لذا فإنها تختلف عن غيرها من الأموال التي تحصل من المقاول، حيث ينظم بها وصل مقبوضات، وتقيد في حساب الأمانات، وتحول لصندوق الخزينة العامة في وزارة المالية.

وكما أنه لا يجوز بحال من الأحوال الإعفاء من قيمة الغرامة، وكل إجراء يتم بخلاف ذلك يعتبر مخالفاً للقانون.[234]

---

[232] كنعان: نواف، ا **القانون الاداري لكتاب الثاني**، مرجع سابق، ص359.

[233] المادة 29 من قانون رقم 9 بشأن العطاءات للأشغال الحكومة الفلسطيني لعام 1999. حيث نصت على مايلي :" إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له جاز للجهة المتعاقدة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير بالنسب وطبقاً للأسس وفي الحدود المنصوص عليها في العقد بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة 10% بالنسبة لعقود المقاولات و5% بالنسبة لعقود التوريد، وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات قضائية أخرى. ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة المتعاقدة في مطالبة المتعاقد بتعويض كامل عما أصابها من أضرار نتجت عن تأخيره في الوفاء بالتزاماته.

[234] المادة (29) من قانون رقم (9) بشأن الاشغال الحكومية ، السابق ذكرها .

أما عدم النص عليها في العقد مخالفة إدارية توجب المساءلة القانونية لمن ارتكبها. وتعتبر في حكم المدة المتأخرة والتي بموجبها يتم احتساب الغرامة بموجبها هي التي تكون بدون اسباب مبررة. فمنح مدة زائدة للمقال الذي يتعهد ببناء غرفة للشرطة بسبب التأخير لوجود كوابل تحت الأرض أدت إلى هذا التأخير، ولا يعتبر مبرراً مقنعاً عندما يتضح ان أعمدة الأساس قد أقيمت بتاريخ سابق على التاريخ المحدد للمدة الزائدة بسبب إزالة الكوابل، أو منح زائدة لسبب إنساني وتغطيته بسبب قانوني بحجة وجود ألغام تحت الأرض استغرقت وقتاً لإزالتها، أيضاً لا يعتبر مبرراً مقنعاً، ثم بدأ بعد ذلك بتقديم طلبات للإدارة للحصول على مدد زائدة بسبب وجود عوائق، ما لم تكن تلك العوائق خارجة عن الإرادة، باستثناء أحوال الطقس العادية، حيث لا تبرر زيادة المدة، كالأمطار مثلاً.[235]

ثالثاً: الأوامر التغيرية [236]

أعمال الأوامر التغييرية القانونية، والتي يصدر بها قرار حسب الاختصاصات والصلاحيات القانونية، إنما تمثل في نهايتها مدة إضافية تحسب وتضاف إلى المدة الأصلية، وبالتالي لا ينظر إلى تجاوز المدة عند تنفيذ الأمر التغييري إلا إذا كانت المدة المحددة للأمر التغييري قد تجاوزت ما هو مقرر. وعندئذ تحسب غرامة التأخير في نهاية تنفيذ الأمر. ولكن ما هو المقصود بالأوامر التغييرية القانونية المحسوبة المدة؟

تعتبر الأوامر التغييرية والتي سبق بيانها، وسواء كانت بالإضافة أو التعديل. وهي تلك العمال المتعلقة بالمشروع قيد التنفيذ، والتي تصرف قيمتها من مخصصات المشروع المالية. ولا تعتبر الأوامر التغيرية التي تصرف قيمتها من حساب المشروع قيد التنفيذ لتنفيذ مشروع آخر، او ليقام بها مشروع مستقل، من بين تلك الأوامر التي تضاف مدة أعمالها لمدة المشروع الأصلي، وبالتالي يجري احتساب الغرامة وفقاً لحساب مدة المشروع الأصلي فقط. ويتفق لك مع التحديد القانوني لمفهومي العمل والعقد والمدة، والتي بينتها المادة الأولى من عقد المقاولة الموحد. والقاعدة هي ان تحتسب غرامة التأخير في نهاية المشروع وليس قبل ذلك، وما لم يكن هناك تجزئة بالاستلام حسب العقد.

---

[235] جابر ، عبد الرؤف ، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة** ،مرجع سابق ، ص 463.
[236] جابر ، عبد الرؤف ، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة** ،مرجع سابق ، ص 463

رابعاً: التناسب بين القيمة والمدة في الغرامة

لقد نظمت المادة الخامسة في فقرتها ج من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية الأردني كيفية احتساب الغرامة عن التأخير عن تسليم الأعمال في موعدها المحدد، ولم يترك تقدير الغرامة جزافاً لصاحب العمل، وهذا يعتبرعدالة في تحقيق التوازن بين طرفي العقد، وضماناً لسلامة تنفيذ المشروع، وحفظاً لحق صاحب العمل، وحماية للمال العام، وضبطاً لمخصصات المشروع.

وتعتمد قيمة الغرامة اليومية بتحديد 1% من معدل الإنتاج اليومي، وهذه النسبة تعتبر معقولة لاستخدامها وسيلة ضغط مالي على المقاول.

والقاعدة القانونية الرياضية التي تحتسب على أساسها الغرامة هي:

غرامة التأخير= 00/100 × قيمة العطاء المقدرة / مدة التنفيذ بالأيام

بعد ذلك تحسب 1% من معدل الانتاج القومي.

وفي التطبيق العملي، لو فرضنا أن قيمة العطاء المقدرة هي مليون دينار أردني، وأن المدة المحددة لإنجاز هي 1 يوم، فإن قيمة الغرامة اليومية تكون على النحو التالي:

100/100 ×100/1000000 = 10000 دينا أردني

10000×100/10 = 1000 دينار أردني قيمة الغرامة اليومية.

فإذا زاد مجموع قيمة الغرامات على ما نسبته 15% من القيمة الإجمالية للعقد، ردت تلك الغرامة إلى حدود 15% وهذا ما يسمى الحد الأقصى الذي لا يجوز التجاوز عليه[237].

بعد تحديد قيمة الغرامة اليومية تضاف إلى العقد، وبالتالي يكون الطرف الثاني المقاول على علم بقيمة الغرامة عند توقيعه العقد.

---

(237) لتحديد الحد الأقصى للغرامة حكمة تشريعية ذلك أن عدم التحديد يوحي بعدم جدية الضغط المالي وقد يفتح المجال أمام أي طرفي العقد للمناورة على مصلحة الدولة.

يقابلها في التشريع الفلسطيني المادة :" مادة 35 من القانون رقم 6 بشأن العطاءات الحكومية الفلسطيني حيث جاء فيها :"تحدد كفالات عطاء الأشغال على النحو التالي: كفالة المناقصة: تحدد بمبلغ مقطوع، ويحتسب هذا المبلغ على أساس نسبة 2-3% من القيمة المقدرة للعطاء ويتم بيانه في ملحق نموذج عرض المناقصة. كفالة حسن التنفيذ: تكون بنسبة 10% من قيمة العقد كفالة الصيانة: تكون بنسبة 5% من قيمة المشروع الفعلية بعد الإنجاز. تحدد لعطاءات الخدمات الفنية كفالة حسن أداء نسبة 10% من قيمة العقد. تحدد في ملحق نموذج عرض المناقصة مدة تنفيذ العطاء وقيمة غرامة التأخير عن كل يوم على أن تكون تلك الغرامة متناسبة مع قيمة العطاء ومدة تنفيذه. وان لا تزيد نسبة غرامة التأخير اليومي من القيمة الكلية للعطاء عن 10% من معدل الإنتاج اليومي على أن لا تزيد نسبة الغرامة من القيمة الكلية للعطاء عن 10%. يجوز بموافقة الوزير أو المسؤول المختص دفع دفعات مقدمة من قيمة المشروع تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد بقيمة الدفعة المقدمة وذلك وفقاً للشروط والنسب والحدود التي تبينها التعليمات أو الشروط الخاصة للعطاء.

ويتم حصر وتحديد أيام التأخير في نهاية المدة العقدية، هذا يكون عند اجراء الاستلام الابتدائي، حيث تحدد لجنة الاستلام تاريخ الانجاز وتاريخ المباشرة بالعمل، وبالتالي يسهل إخراج أيام التأخير، بعد معرفة مدة العقد مضافاً إليها التمديد الرسمي القانوني، وخصمها من مستحقات المقاول قبل الإذن بصرف هذه المستحقات.

رابعا: تقدير قيمة الغرامة

يتم تقدير قيمة الغرامة يتم في مراحل الدراسة الأولية للعطاء، أي عندما تكون قيمة العطاء تقديرية، ولذلك جاءت المعادلة على أساس القيمة المقدرة للعطاء[238].

وقد نهج المشرع في احتساب قيمة الغرامة على أساس القيمة المقدرة للعطاء. ويتم تحديد تلك القيمة اثناء مرحلة إعداد الدراسات الأولية قبل ارساء العطاء على المقاول، واننا نرى بأن المقاول عندما يوقع العقد تكون القيمة الحقيقية معروفة وليس القيمة المقدرة، وتلك القيمة هي التي تدون في العقد على أساس بداية سير اجراءات المشروع، وفي هذه الحالة لا مجال للجوء للاحتمالات. وبالتالي تحسب لغرامة بناءً على القيمة الحقيقية. وتحديد الغرامة وفقاً لقيمة الأعمال الحقيقية يعتبر عدالة ولا يجعل من الغرامة عرضة للزيادة والنقص وفقاً للقيمة الحقيقية[239] ومن ناحية اخرى فإن تحديد حد اقصى للغرامة يعتبر تفهماً من المشرع لأوضاع المقاول الذي تزيد نسبة تأخره ما يعادل 15% من القيمة الاعمال لدى المشرع الأردني و10% لدى المشرع الفلسطيني، فهو إما أن يكون متعثراً لا يقوى على متابعة سير عمل المشروع، وإما أن يكون قد أصابه ظرف مؤقت. وفي كلتا الحالتين أراد المشرع مد يد العون للمقاول، لأنه لا يهدف إلى إلحاق الخسائر الباهظة بالمقاول، أو تعطيله في الجزاء، وكما سبق القول فإن هذا ليس هو المقصد الأول للمشرع. إذ أنه عند تعثر المقاول، فإن المشروع سيئول كلياً لصاحب العمل، وسوف يصادر صاحب العمل كافة ما للمقاول لديه من أموال، وبالتالي فإن نسبة اكتفائه بنسبة 15% كحد اقصى للغرام من قيمة الاعمال لدى المشرع الأردني و10% لدى المشرع الفلسطيني، يعتبر مراعاة لظروف ذلك المقاول، أما عند حدوث عارض مؤقت أدى بالمقاول إلى التأخير والتجاوز عن 15% أو 10%، فإن المشروع أراد أن يأخذ بيد هذا المقاول فاكتفى منه بهذه النسبة.

---

[238] المادة 5-ج من تعليمات عطاءات الشغال الحكومية رقم 71 لسنة 1987.
[239] جابر ، ضمانات المشروعات الانشائسة ،ص 56 .

وتعني الغرامة مقابل التأخير أنها فقط محصورة بالتأخير دون غيره، وتوقع على المقاول بمجرد التأخير، بصرف النظر عن وقوع الضرر أو عدم وقوعه، ودون الحاجة إلى إنذار أو تنبيه. ويقودنا هذا الى أن الغرامة تستحق على المقاول بمجرد وجد التأخير سواء الحق التأخير ضرر بصاحب العمل أم لم يلحق، كما أوجب التعويض عن الضرر غير مبلغ الغرامة المتفق عليه، الامر الذي لم يربط بين الضرر والغرامة.

وتعتبر الغرامة أنها مال يحصل بموجب قانون حيث أنها تحصل لصالح الدولة من المقاول لقاء تأخره عن العمل، وهي شرط في العقد بصرف النظر عن ان المقاول سيتأخر ام لا.

وتستند الغرامة في اشتراطها العقدي إلى نظام الأشغال الحكومية، حيث نصت المادة الخامسة في فقرتها ج من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية الاردني، والتي تستند إلى إحكام المادة 16 من نظام الأشغال، على تحديد قيمة الغرامة عن كل يوم تأخير لقاعدة حسابية معينة. وأن فرض الغرامة بموجب قانون الاشغال يعتبر تطبيقاً لقاعدة عدم جواز تحصيل مال أو فرض غرامة او رسوم إلا بقانون، أضف الى ذلك فإن وجود النص القانوني هو ضمان لتحقيق الاستقرار القانوني وعدم التعسف في استعمال الحق، أو إساءة استعمال السلطة أو التعسف باستعمال الحق. كما ويتفق تقرير الغرامة بموجب النظام مع أحكام الدستور الذي لا يجوز فرض أية رسوم او تحصيل أية أموال من أي انسان إلا بقانون.

كما أنه إذا لم ينص العقد على شرط الغرامة أو تحديد قيمتها، فإن الإدارة تملك فرضها ولو في وقت لاحق، استناداً إلى ما ينص عليه العقد من سريان أحكام القانون والأنظمة الأردنية السارية المفعول في المملكة على العقود، والتي يرجع إليها في تطبيق شروط العقد م1/5/ب من دفتر الشروط.

ويعتبر أي تقصير من جانب صاحب العمل في موضوع الغرامة، سواء من حيث عدم تطبيقها رغم النص عليها، أو عدم النص عليها أصلاً في العقد، أو تخفيضها بشكل غير مبرر، أو عدم تحويلها إيراداً لصالح الخزينة العامة، موجباً للمساءلة الإدارية للأشخاص القائمين والمعنيين بشأن العقد.

وحق الإدارة في توقيع الغرامة حق ثابت بموجب النظام فبمجرد المخالفة التي تقررت الغرامة بموجبها، ولا تتعارض الغرامة مع التعويضات الأخرى التي قد يلتزم بها المقاول.

وجدير بالذكر أن أموال الغرامة تمتاز بسهولة تحصيلها كما سبق، وهي تعتبر ضمانة لتنفيذ المشروع في موعده المحدد، وهي تعد حقاً للدولة بمجرد تحصيلها.

وهذا يعني من ناحية أخرى، فإن الهدف الاساسي التي تتوخاه الادارة من فرض الغرامة هو حماية المال والمنفعة العامة وعدم هدر المال العام، وحسن سير المرفق العام.

أما بالنسبة لوقت تحصيل الغرامة فإنها تحسم من دفعات المقاول عند تسلم دفعاته الاخيرة بعد تسليم المشروع وتودع في حسابات أمانات الدولة.

والسؤال الذي يحتاج الى اجابة هو هل يجوز إعفاء المقاول من الغرامة؟

لما كانت الغرامة مقررة بموجب نظام، فإن الإعفاء منها أو تخفيضها عشوائياً يعتبر مخالفاً لأحكام النظام، ولا يجوز الإعفاء من أي التزام مالي مفروض بموجب نظام الأشغال الحكومية أو أي تشريع آخر، وقد تضمنت الفقرة ز من المادة 6 من نظام الأشغال الحكومية رقم 719 لسنة 1986 وتعديلاته، النص على التقييد بالقوانين والأنظمة والتعليمات المعمول بها عند وضع الشروط التعاقدية، وعدم تضمين تلك الشروط أية إعفاءات من أي نظام مالي إلا بعد موافقة مجلس الوزراء المسبقة على توقيع الاتفاقية.

وقد فوض مجلس الوزراء في المادة السابقة هذه الصلاحية للوزير. ولكن هل يمكن اعتبار شروط الغرامة بمثابة التزام مالي، وبالتالي تخضع لأحكام المادة 6/ز من نظام الأشغال، بحيث يكون من صلاحية وزير المالية الإعفاء عنها؟

بالرجوع طبيعة شرط الغرامة هو الذي سيجيب على هذا السؤال، فالغرامة شرط جزائي، او كما يطلق عليها العقد تعويض اتفاقي معلق على شرط حدوث التأخير، فإن تحقق التأخير تحققت الغرامة، وإلا فإنه يبقى شرطاً غير معمول به. اذاً فالغرامة ليست التزاماً مالياً أصلياً، وإنما هي شرط عقدي معلق على غيره، لأنه التزام مالي تبعي أو ما يسمى التزاماً شرطياً[240].

وبالتالي فإننا نرى أن صلاحية الإعفاء الممنوحة للوزير تعتبر شاملة للإعفاء من الغرامة، ولكن هذا النص محل نظر، لأن منح تلك الصلاحية يتقدم في مناقصة عامة يلتزم بمجرد تقديمه لهذه

---

[240] فرج: توفيق_ القانون المدني، 1978 من ص21-26.، في الشرط أيضاً:
Cheshir and Fifoots , **The Conditions of the contract – Law of Contract** – Ninth Edition M.P. Furmston 1979p57 .
_ مكتبة السودان _ القاهرة_ ترجمة هنري سليمان رياض.

المناقصة، بينما لا تلزم الإدارة الا في وقت متأخر. كذلك للإدارة ان تتحرر من العقد كلية او أن تستبعد المناقصة أو المطالبة بالكفالات والرسوم، وهذه الظاهرة وغيرها مما يخولها العقد للإدارة في مواجهة المتقاعد، هي ـ مقررة بموجب القانون،[241] ولا تستطيع الإدارة أن تتنازل عنها أو عن بعضها أو حتى أن تقيد نفسها باستعمال هذه السلطات. وهذه الظاهرة يجب أن تكون جلية في شروط التعاقد، وللإدارة أن تمارس سلطاتها هذه حتى ولو لم ينص العقد عليها.

ثانياً: الحسميات و الخصميات للإدارة المختصة والإدارات الأخرى

إن مستحقات المقاول المختلفة والتي تحت يد صاحب العمل تعتبر بحد ذاتها ضامنة لحق صاحب العمل من كافة الوجوه، ولا يتم صرف الدفعة المستحقة أو الإفراج عن كفالة حسن التنفيذ، أو كفالة الصيانة في الدفعة النهائية أو الدفعات على الحساب، إلا بعد تنزيل جميع الحسميات التي توصي بها لجنة الاستلام، وخصم أية مبالغ قد تكون للإدارة أو لغيرها من الإرادات المختلفة، كمصلحة الماء والكهرباء والهاتف والضريبة والجمارك والضمان الاجتماعي ودائرة الأراضي وأمانة عمان أو أية بلدية اخرى.

وتتم الحسميات والخصميات من مستندات الدفع، أي دفعات الصرف سواء تلك على الحساب أو الدفعة النهائية.

وتختلف الحسميات عن الخصميات، فالحسميات تحجز بقرار من لجنة الاستلام الأولي لغايات استكمال النواقص غير الجوهرية لحين استكمال تلك النواقص من قبل المقاول، فإن اكملها ردت إليه تلك الحسميات واذا لم يكملها نفذت الأعمال على حساب المقاول من الأموال المحسومة، فإذا ظهرت فروقات بالزيادة، ردت الزيادة للمقاول، واذا كانت الفروقات بالنقص، عاد صاحب العمل على المقاول بقيمة النقص.

أما الخصميات، فإنها تخصم أصلاً لصالح الخزنة لأسباب تبرر خصمها، ولا ترد إلى صاحبها، وإنما تعتبر ايراداً للخزينة. وقد سبق تحديد معنى المحتجزات، بأنها تحجز كأمانة باسم صاحبها لغايات ضمانة تنفيذ الأعمال كاملة حتى الاستلام.

ونتناول في بندين مستقلين على التوالي موضوع الحسميات والخصميات:

---

[241] الطماوي ، سليمان ، **العقود الإدارية** ، ص 467.

1)الحسميات

ترتبط فكرة الحسميات في النظام القانوني الأردني بفكرة الاستلام فقط، ولا يجوز ان يتم حسم مالي من مستحقات المقاول إلا اذا وجد مبرراً لذلك الحسم. والمبرر دائما للحسم هو وجود أي خلل في التنفيذ، أو في أي من الفحوص المخبرية. بحيث تقدر لجنة الاستلام نسبة الحسم مقابل الخلل أو النواقص غير الجوهرية، وتثبيت ذلك على محضر الاستلام، ويمنح المقاول مدة معينة لتنفذ وإصلاح الخلل والعيوب المبينة بمحضر الاستلام، على أن يتم حسم المبالغ لتنفيذ الأعمال من قبل صاحب العمل على نفقة المقاول عندما تنقضي المدة الممنوحة له دون اتخاذ الإجراءات المتعلقة بذلك.[242]

وعندما تصرف دفعة الحساب ويتقرر تنزيل قيمة الحسميات واعتبارها أموال أمانة، تنزل من قيمة المستند المقدم للصرف، ولا يفترض تنظيم وصل مقبوضات صادر عن صاحب العمل لئلا تصبح إيراداً لخزينة الدولة ويصعب معها استعادتها لإتمام الإصلاحيات، وإنما تقيد في حساب الأمانات، وبعد إجراء الإصلاحات فإنه يفترض إعادة ما زاد عن قيمة الإصلاحات إلى المقاول، أو الرجوع عليه بالفرق. ويمكن تغطية الفرق من المحتجزات او الكفالة اذا كانت متوفرة.[243]

ويتم إجراء الحسم وفق أسس معينة حددت بموجب تعميم صادر عن وزارة الأشغال، يبين بموجبه جداول أسس الحسم أثناء التنفيذ، وأثناء الاستلام. غير أن التعميم المذكور قد حدد أسس الاستلام والحسم لمشاريع الطرق دون مشاريع الأبنية، إذا أن مشاريع الأبنية متروكة لتقدير لجنة الاستلام وتحديد النواقص.

أما مشاريع الطرق والتي نظمت أسس حسمياتها بموجب التعميم المشار إليه، فإن طبيعة الحسميات فيها تختلف عن الحسميات في مشاريع الأبنية. اذ ان الحسميات مقابل تجاوز التفاوت المسموح به، سواء في الفحوصات المخبرية للطبقات الاسفلتية أو السمكات، أو القاعدة الترابية، أو الأعمال الخرسانية. وعندما يتم الحسم المقرر بعد سنة التجاوز المسموح بها، تصبح هذه الحسميات ايراداً لصالح الخزينة وليست لإصلاح العيوب. نظراً لصعوبة أو عدم جدوى إصلاح او تلافي العيوب في تلك المشاريع. وعلى سبيل المثال، اذا كانت طبقة اسفلتية سمكها 5 سم،

---

[242] جابر ، عبد الرؤف ، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة** ،مرجع سابق ، ص 463
[243] جابر ، عبد الرؤف ، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة** ،مرجع سابق ، ص 465

وبسعر 3 دنانير للمتر المربع، وكان النقص الحاصل بالسماكة 0.5 سم، فإن نسبة الحسم تكون كالتالي:

5/0.5 × 3 دنانير للمتر المربع المساحة الممثلة بالحسم.

أما اذا تم التجاوز على النسبة المسموح بها، فإنه عندئذ لا يتقرر الحسم، وإنما يطلب إعادة العمل كاملاً سواء أثناء التنفيذ أو الاستلام، ودرجات الفرق المسموح بها دون حسم هي: 0.5%، والتفاوت المسموح به مع الحسم هو -2% وما تجاوز ذلك يلزم إعادة العمل.[244]

الحسميات هي اموال لقاء اختلال بأعمال التنفيذ، بعضها يقتطع لصالح الخزينة العامة، وبعضها يعتبر أمانات باسم صاحبها لحين استكمال الأعمال.

والأصل أن يتم تنفيذ الأعمال طبقا لمواصفات العقد وشروطه، والا اعتبر الحسم قاعدة يتم الاعتماد عليها، والارتكاز الى اعتبارها مسرباً أو طريقاً للخروج على المواصفات المطلوبة، وبالتالي مخالفة العقد. ويجب الا يتحمس المختصون بشؤون العطاء الى نظرية الحسم، باعتبار أنهم قد حققوا وفراً مالياً لصالح الدولة، لأن مخالفة المواصفات قد تكلف أكثر من قيمة الحسم كثير. ولم يتناول النظام القانوني قاعدة متكاملة لنظرية الحسم المالي، وإنما نظمتها التعاميم الإدارية الصادرة عن وزارة الأشغال. وفي وقت متأخر جداً، أي في عام 1994 أما قبل ذلك، فقد كان الأمر متروكاً لتقديرات لجان الاستلام، هذا فيما يتعلق بمشاريع الطرق. أما مشاريع الأبنية فإنها ما زالت حتى الآن بدون أسس واضحة، ومازالت محكومة بتقديرات اعضاء لجان الاستلام.

وتعتبر الحسميات ضمان ووسيلة ضرورية وفعالة لوقاية المشروع، ولجعل المقاول حريصاً على تنفيذ جميع الأعمال حسب المواصفات.

2): الخصميات

الخصم هو اقتطاع مالي، إما على سبيل الإيراد مباشرة من دفعة الصرف الخاصة بالمشروع، سواء أكان الخصم للإدارة أو لغيرها من الإدارات المختلفة، وإما لصالح الغير. ويتنوع الخصم الذي يتم على المستند، فهو قد يكون استكمالاً لرسوم طوابع الواردات عندما تكون غير مكتملة ، وقد يكون غرامة لصالح الدولة سواء عن التأخير في التنفيذ او عن عدم الالتزام بدفع رسوم

[244]. جابر ، عبد الرؤف ، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة** ،مرجع سابق ، ص 466 .

الطوابع في موعدها، وقد يكون الخصم تعويضات مالية مستحقة للإدارة على المقاول، أو اثمان مياه أو كهرباء استفاد منها المقاول لخدمة مشروعه، او اتعاب جهاز الإشراف التي يجب أن يتحملها المقاول اذا تأخر عن المدة وكان التأخير غير مبرر، أو استخدم هاتف تعود ملكيته لصاحب العمل أو لشركة الهاتف، أو مستحقات لدائرة الضريبة عندما يكون مطلوباً من المقاول ضريبة دخل، ويتضح أن غير ملتزماً بدفعها، أو لم يدفعها لدائرة الضريبة، أو تكون مستحقة لدائرة الجمارك نظير إدخالات مؤقتة لأجهزة أو آليات أو غير ذلك اذا سمح له بهذا وكان لدائرة الجمارك أية مبالغ في ذمته، أو خصم مستحق لصالح العمال أو المقاول الفرعي أو مستخدميه عندما يكون ذلك تنفيذاً لحكم قضائي صادر بحقه، أو خصم قيمة أي مبلغ او كامل المبلغ المستحقة، او اتعاب تحكيم، أو قيمة شيكات مرتجعة صادرة عن المقاول بسبب المشروع لاستيراد أو غيره، او خصم قيمة الدفعة لقاء أعمال غير منجزة عندما يسحب المشروع من تحت يد المقاول، أو خصم لصالح البنك الذي يتعامل معه المقاول، أو خصم قيمة الأعمال التي لم تنفذ وكان متفقاً عليها، أو قيمة مواد لم تورد وكان متفقاً عليها، او لأية أسباب أخرى.

ويتضح من الاستعراض السابق لحالات الخصم، والتي تظهرها الحالات العملية وليست النصوص المكتوبة، أن الخصم لا يعتبر أمانة باسم صاحبه، وإنما مصادرة للمبالغ المقتطعة، وتحويل قيمتها لصاحب الاختصاص.

ولا يجوز صرف قيمة الدفعة، وبخاصة النهائية، الا بعد تنزيل جميع الخصميات المستحقة.

ويعتبر مسؤولاً أمام القانون كل من اجاز صرف دفعة عليها خصميات، وعلى الأخص الدفعة النهائية. وتزداد المسؤولية بحيث تعرض متحملها للقضاء، اذا أجيز مستند دفعة نهائية مع العلم بوجود قرار قضائي بحجز قيمة المستند وخصمه من الدفعة وتحويله للمحكمة.[245]

التكييف القانوني للخصميات في اطار ضمانات الادارة

تعتبر الخصميات أموالاً مقتطعة، تقتطع بمبرر قانوني أو مالي أو إداري أو قضائي أو عقدي، إما كإيراد للدولة، أو حقاً للغير.

وهي من المقتضيات العملية التي تتفق والمصلحة العامة. ولكنها ليست على إطلاقها ضماناً لحق صاحب العمل، فمنها ما هو ضمان للمال العام، ومنها ما هو ضمان للمشروع، ومنها ما هو ضمان لتحقيق الاستقرار القانوني والأوضاع الاجتماعية، ومنها ما هو ضمان لتنفيذ أحكام

[245] جابر ، عبد الرؤف ، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة** ،مرجع سابق ، ص 466

القضاء. وفي جميع الأحوال، تعتبر الخصميات اموالاً غير مستردة لصاحبها الذي خصمت منه، وإنما حق للجهة صاحبة الاختصاص. وتبقى الخصميات ضمانة إدارية يمكن الاستفادة منها باعتبارها وسيلة ضغط على المقاول. هذا بالنسبة للإدارة صاحبة العمل. أما بالنسبة للإدارات والجهات الأخرى، فإن الهدف من هذه الضمانة هو تحقيق الاستقرار القانوني كما سبق القول.[246]

ثالثاً: التعويضات

تعني التعويضات في نطاق عقد مقاولة المشروع الإنشائي "أن يلتزم كل طرف بان يتحمل مسؤولية الخطأ المنشئ للضرر الذي أصاب الطرف الآخر". ومقتضى المسؤولية أن يدفع الطرف المرتكب للخطأ مبلغاً مالياً للطرف المتضرر. ويبين العقد الحالات التي توجب هذه التعويضات، وتكون التعويضات بمبالغ مالية تعادل ما تكبده المتعاقد من خسائر، وقد تكون بزيادة مدة العقد، خصوصاً عندما يكون الطرف المخطئ هو صاحب العمل.

وهذا النوع من الضمانات يساوي بين طرفي العقد في دفع التعويضات، ويظهر ان التزام صاحب العمل بالتعويضات التي تقرر عليه بموجب العقد، إنما هو مقرر للمصلحة العامة، وللوقاية من التأثير على سير المشروع وخشية تعطله، لأنه عندما يصدر الخطأ أو التقصير عن الغدارة ولا تسارع إلى تلافيه، فإن المقاول ستكون له ردة فعل سلبية على المشروع، وذلك بان يوقف العمل جزئياً أو كلياً، الأمر الذي سيؤدي في النهاية إلى زيادة الكلفة والوقت، والتي سيتحملها صاحب العمل مرغماً، علاوة على تحمله كذلك التعويض المالي وتمديد مدة العقد.[(247)]

أما بالمسبة للمقاول فإن المشرع في أكثر من مجال الزامه بتحمل الضرر وإصلاحه، او دفع التعويض لصاحب العمل، سواء في نطاق التأمين بالنسبة للمبالغ التي لا يتم تحصيلها من شركة التأمين، او بالنسبة لإحداث أضرار الأشخاص أو الممتلكات، أو غير ذلك مما سبق أن بيانه في أكثر من موقع في هذا البحث.

وبالتعويض بهذه الصفة يجعل المقاول أكثر إلزاماً بالتنفيذ، وحرصاً على العمل بأقل أخطاء ممكنة، وأكثر جدية في التنسيق قبل وأثناء تنفيذ العقد.

ويمثل الالتزام بالتعويض إحدى الضمانات المالية الإدارية للمشروع الإنشائي، حيث يمكن اللجوء إليه دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ولكنه يتطلب تبادل الإشعارات بين الطرفين.

---

[246] جابر ، عبد الرؤف ، **ضمانات المشاريع الإنشائية العامة** ،مرجع سابق ، ص 463

[(247)] جابر " **ضمانات المشاريع الانشائية** "، مرجع سابق ، ص 492 .

ولما كان طرفي العقد يخضعان لهذه الضمانة، وكانت الإدارة طرفاً في العقد هي غير خاضعة لنظرية الجزاء، فإننا لا نستطيع تكييف التعويض على انه جزاء على الأقل بالنسبة للإدارة، وإنما هو ضمانة عقدية ميسورة التحصيل من المقاول، وسهلة التحصيل من صاحب العمل. ولذلك اعتبرناها ضمانة إدارية يستند التعويض فيها إلى طبيعة المسؤولية العقدية التي تقتضي الالتزام التام والتقيد المطلق بالشروط والمواصفات بدقة التنفيذ.

الفصل الثاني

دور القضاء والوسائل البديلة لفض المنازعات في إعادة التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي.

تمهيد

لما كان القضاء هو ميزان العدل الذي يعمل على توازن الحقوق والواجبات، فإن القضاء يلعب دورا رئيسا في إعادة التوازن المالي للعقد، وتحقيق المساواة بموجبه، وحيث أن القاضي يحتاج الى أداة تساعده في اعادة هذا التوازن المالي للعقد فإن الفقه والقضاء أوجدا هذه الاداة والتي تمثلت بنظريات القانون الاداري والتي من خلال تطبيقها تتم الغاية التي من أجلها تم اللجوء الى القضاء، كما أن وسائل فض المنازعات الأخرى والتي يتم اللجوء اليها في مثل هذا النوع من العقود يمكن أن يعيد للعقد التوازن الملي لذا فإننا في هذا الجزء من الرسالة سوف نجيب على اسئلة من ضمنها كيف يمكن للقضاء تحقيق التوازن المالي لعقد الاشغال الدولي؟ وماهي سلطته واساسه القانوني في هذه الوظيفية؟ كذلك كيف يمكن لوسائل حل المنازعات البديلة في اعادة التوازن لعقد الاشغال الدولي؟ وماهي الوسيلة لذلك؟ وسوف نجيب على هذه الاسئلة من خلال الاتي :**المبحث الاول**: دور القضاء في إعادة التوازن المالي لعقود الاشغال الدولية ، والذي نعرض فيه نظريات القانون الإداري ودورها في حفظ التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية .

اما في **المبحث الثاني** فإننا سوف ندرس دور وسائل حل النزاعات البديلة في فض المنازعات في إعادة التوزان المالي لعقود الاشغال الدولية.

المبحث الأول

دور القضاء في إعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

لما كان هدف المتعاقد مع الإدارة هو تحقيق الربح من ثم فإن زيادة أعبائه والتزاماته، نتيجة لاستخدام الإدارة لسطلتها في تعديل العقد بإرادة منفردة، الامر الذي يخوله الحصول على المقابل الذي يعينه على تغطية هذه الأعباء على النحو الذي يجعل العقد متوازنا اقتصاديا. وإن حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض يعيد له التوازن المالي وهو ما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة.

فليس من العدل أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد.

كما أن الحفاظ على سير المرفق العام باطراد وانتظام ليس معناه أن يفضل ذلك على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، وليس معناه التضحية بهذه المصالح ويتحمل المتعاقد مع الإدارة جميع الأضرار الناشئة عن التعديل[248].

وفكرة التوازن المالي في العقود الإدارية لا تطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض بسبب وجود خطأ من الادارة، وإنما مجال إعمالها هو حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة[249]. وهناك ثلاث حالات يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة تعويضا بغير خطأ من جانب الإدارة وهي نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة، وهذه النظريات تعد أحد وسائل اعادة التوازن المالي للعقد، وسوف نبحث فيهما من خلال هذا المبحث نعالج نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة و نظرية القوة القاهرة . على النحو الآتي:

---

[248] نصار ، د. جابر جاد ،**عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام** ، دار النهضة العربية ، طبعة 2002 ، ص 160.

[249] نصار ،**عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام** ، ص 160.

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير ودورها في إعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

تعد نظرية فعل الأمير من أقدم النظريات التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الادارية ولتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عما أصابه من ضرر بسبب الإجراءات الإدارية الصادرة عن الإدارة، وذلك لفهمه الصحيح لطبيعة العلاقة بين الادارة والمتعاقد معها من أجل تسيير المرفق العام(250). تهدف نظرية فعل الأمير إلى الحفاظ على التوازن المالي بين التكاليف التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يحصل عليها، وتقوم نظرية فعل الأمير على أساس تعويض المتعاقد عن الأعباء الإضافية التي تسببت الإدارة فيها نتيجة لاستخدامها حق التعديل بالإرادة المنفردة، ليتمكن المتعاقد مع الادارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية(251).

ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1909/11/19 في قضية Zeilabadine من أوائل أحكامه في تطبيق نظرية فعل الأمير والخاص بتدخل الدولة كسلطة تشريعية بإجراءات عامة في مجال عقودها مع الأفراد، والتي يترتب عليها تعديل شروط العقد. ولم يعرفها القضاء المصري قبل إنشاء مجلس الدولة في عام 1946(252).

وحتى نتمكن من فهم هذه النظرية فيجب دراسة مفهومها، وأساسها القانوني وشروطها، وآثار تطبيقها، والشروط التعاقدية بالإعفاء من المسؤولية وأثرها على تقييد نظرية فعل الأمير وكذلك تطبيقات النظرية في عقود الاشغال الدولية وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير

يعرف الفقه في فرنسا ومصر عمل الأمير أو فعل الأمير، بتعريفات عدة، الا أن هذه التعريفات تتمحور في دائرة واحدة، حيث أنها تتحد من حيث شروط ثابتة ومحددة ومستقرة، وهناك تعريفات أعطت تعريفا أوسع من معنى النظرية، وتعريفات ضيقت من معناها، فالمعنى الواسع يقصد به كافة الإجراءات الإدارية الصادرة عن السلطات العامة، ومن أنصار هذا الاتجاه العميد سليمان الطماوي حيث عرفها بأنها "عمل يصدر عن سلطة عامة وبدون خطأ من جانبها، ينتج عن مركز

---

(250) أبو العنين، د. محمد ماهر ، **القاضي الاداري وتطبيق قوانين الزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011** ،الكتاب الثالث ،دار أبو المجد للطباعة ، طبعة 2011 ، ص 178 .

(251) عبد الحميد ، د. عبد العظيم عبد السلام ، **أثر نظرية فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري** ، دار الولاء للطبع والنشر ، طبعة 1989، ص14 .

(252) سلامة ، د. وهيب عباد ، **دروس في العقود الإدارية التوازن المالي وفكرة التعويض القائم على غير خطأ** ، دار النهضة العربية ، طبعة 2011 ، ص23 .

المتعاقد في عقد اداري، ويؤدي إلى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد.[253]

وكذلك عرفها جانب من الفقه بأنها:" كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة او الالتزامات التي نص عليها العقد مما يطلق عليها المخاطر الإدارية "[254].

وكذلك عرف بعض الفقه فعل الأمير بالمعنى الواسع بأنه :"هو كل اجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة أو في التزاماته التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه المخاطر الادارية"[255].

أما المعنى الضيق فهو يتعلق بمصدر الإجراء، فيجب أن يكون العمل صادراً من الادارة المتعاقدة ويؤثر سلباً على تنفيذ العقد، فقد اتجه جانب من الفقه لتعريف فعل الأمير بأنه: " كافة الإجراءات الإدارية المشروعة التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، والتي لا تنطوي على خطأ منها ويترتب عليها التأثير على التوازن المالي للعقد الإداري.[256]

في حين عرفت محكمة القضاء الإداري بمصر فعل الأمير بأنه كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة قد تكون من الجهة التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص، وقد تكون بقواعد تنظيمية عامة[257] .ونلاحظ هنا كيف أن محكمة القضاء الإداري قد وسعت من نطاق النظرية فاكتفت بصدور العمل عن سلطة عامة وليس بالضرورة أن تكون هذه الأخيرة هي الجهة الإدارية المتعاقدة.

أما محكمة التمييز الأردنية فعرفت نظرية فعل الأمير بقولها:" أن السلطة العامة بوصفها سلطة أمره إذا سبق تعاقدها مع أحد الأفراد بعقد إداري للتوريد أو الأشغال العامة أو غير ذلك، ثم أصدرت عملاً مشرعاً يمس عناصر العقد الذي ارتبط به ويقلب اقتصاداته ويحمل المتعاقد

---

[253]الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، ص 598 ..

[254]عبد العال، د. حسين درويش ، **النظرية العامة في العقود الادارية** ، ج2 ، طبعة 1985 ، ص135 .

[255]جمعة ، د. أحمد محمود ، **العقود الادارية طبقا لاحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998** ، ص 437 .

[256]عبد الحميد ، **أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري** ، مرجع سابق ، ص25 .

محمد ، **المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري** ، مرجع سابق، ص 274 .

المولى ، د. علي محمد علي عبد ، **الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري** ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس،1991، ص 7 .

[257] حكمها 144 ابريل 1960 ، مجموعة مجلس الدولة في خمسة عشر عاما ، ص 1940

الأخير أعباء وتكاليف جديدة تزيد في الأعباء التي التزم بها في مواجهتها تكون السلطة مسؤولة بالتعويض عليه عما لحقه من ضرر جراء عملها المشروع ".[258] ومن هنا فإن فعل الأمير يعني تدخل السلطة العامة المتعاقدة تدخلاً غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر تكلفة بالنسبة للمتعاقد معها[259].

الفرع الثاني: مبررات نظرية عمل الأمير

إن ابتداع القضاء الإداري لنظرية فعل الأمير لم يكن محض صدفة وإنما بناء على فهم هذا القضاء لحقيقة الدور الذي يضطلع به كمحام لحقوق وحريات الأفراد من جهة وحرصه على سير المرافق العامة بانتظام واطراد من جهة أخرى، ومن هنا يمكن لنا رد نظرية عمل الأمير إلى الأسس والمبررات التالية:

1. تعمل النظرية على تحقيق التوازن بين حق الإدارة المتعاقدة في تعديل بعض شروط العقد الإداري بإرادة منفردة دون انتظار موافقة الطرف الآخر، وبين حقوق المتعاقد مع الإدارة كي لا يكون ضحية لتعديلات من قبل الإدارة لم تكن بمتوقعة او محتملة عقد بدء التعاقد،[260] فنظرية عمل الأمير هي المقابل لحق التعديل الانفرادي الذي يمكن للإدارة استخدامه لتحقيق المصلحة العامة[261]. إذ أن طبيعة العقد الإداري تقضي بضرورة تحقيق توازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.[262]
2. ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وذلك لما تحققه من توازن بين حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة، حيث أن تحقيق التوازن ما بين حقوق والتزامات المتعاقد مع الادارة بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الخطأ الذي يصدر من الإدارة، يساعد المتعاقد مع الإدارة من القيام بالتزاماته وسير المرفق العام، أما في اذا لم يتم تعويضه عن عمل الإدارة فإنه لا يستطيع القيام بالتزاماته الأمر الذي يعطل المرفق العام.
3. هذه النظرية تجد أساسها في قواعد العدالة والمنطق حيث أن العدل أن تتحمل الادارة كافة التعديلات التي تؤثر على العقد بعد أن يتم ابرامه.

---

[258] محكمة التمييز الاردنية بهيئتها لحقوقية ، قرار رقم 1979/117 ،مجلة نقابة المحاميين الأردنين ، 1979 ، ص 1249

[259] الفحام ، **سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري** ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة القاهرة1985، ص 262

[260] الشريف ، ،**دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت**، مرجع سابق ،ص 179.

[261] د. علي شنطاوي مرجع سابق_ ص. 102 .

[262] لطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ،ص 588

4. تشجع الأفراد على التعاقد مع الادارة دون الخوف على مصالح وعلى الارباح التي يمكن أن يجنوها من هذا التعاقد نتيجة لاستخدام الادارة سلطاته في تعديل العقد بإرادة منفردة.

الفقه أسس نظرية عمل الأمير في تعويض المتعاقد مع الإدارة الى ما يلي:

الأساس الأول: وهو فكرة التوازن المالي للعقد

الأساس الثاني: هو المسؤولية التعاقدية للإدارة

ويشير إلى ذلك الدكتور سليمان الطماوي قائلاً الواقع أنه لا خلاف بين الفكرتين فالمسئولية عن عمل الأمير هي مسئولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد فالمسئولية في هذا المجال هي مسئولية تعاقدية وهذا يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الإدارة المتعاقدة ورفضه التعويض على هذا الأساس إذا ما كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة، ولكن مسئولية الإدارة في هذه الحالة هي مسئولية تعاقدية بلا خطأ لأن عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ حين تصرفت وإلا قامت المسئولية على أساس آخر وتصبح المسئولية في هذه الحالة شبيهة بالمسئولية على أساس المخاطر فأساس مسئولية المخاطر مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة وأساس المسئولية عن عمل الأمير هو التوازن المالي للعقد[263].

الفرع الثالث: شروط نظرية فعل الأمير وآثارها

يتفق الفقه على أنه يجب توافر عدة شروط حتى يتم تطبيق نظرية عمل الأمير وهذا ما سنبينه في هذا الفرع أولاً ، وثم نتطرق الى اثار تطبيق هذه النظرية ثانياً.

أولاً: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

استقر الفقه والقضاء على توافر عدة شروط لتطبيق نظرية فعل الأمير، ويترتب آثارها بتعويض المتعاقد مع الادارة عن الاضرار التي أصابته - وإعادة التوازن المالي للعقد.(264) وقد أوضحت تلك الشروط المحكمة الإدارية المصرية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1997/12/16 بقولها:"

...... القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناءً على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهي:

---

[263] الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ،مرص5 .89

[264] أمين، **المبادىء العامة في تنفيذ العقد الاداري** ، ، مرجع سابق ، ص419 .

1) ان يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

2) أن يكون الفعل الضار صادراً من الجهة الادارية المتعاقدة.

3) أن ينشأ ضرر للمتعاقد.

4) افتراض أن الادارة المتعاقدة لم تخطيء حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها مسؤولية عقدية بلا خطأ.

5) ان يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع.

6) أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه الإجراء العام.[265]

وسوف نوضح الشروط من خلال الآتي:

أ_ وجود عقد إداري

يتطلب لتطبيق نظرية عمل الأمير أن تكون العلاقة أو الرابطة بين الادارة والمتعاقد معها، فنظرية فعل الأمير هي من الأفكار التي لا مثيل لها في القانون الخاص، ولا يمكن تطبيق هذه النظرية الإ في المنازعات الادارية(266). ويرجع ذلك إلى أن طرفي العقد في القانون الخاص لا يستطيع أي منهم تعديل العقد بإرادة منفردة، وكذلك لا يستطيع اي من الاطراف إضافة اعباء مالية الى طرف اخر دون موافقته، وهذا بعكس العقد الاداري الذي تستطيع جهة الإدارة تعديل العقد وزيادة اعباء مالية على جانب المتعاقد معها في العقد الإداري[267]. وفي هذا أخذت محكمة القضاء الاداري المصري منذ بداية أحكامها وفي العديد من أحكامها[268].

ب_ صدور الإجراء من الجهة الإدارية المتعاقدة ودون خطأ من جانبها.

حتي يصار الى تطبيق نظرية فعل الأمير يجب أن يكون الفعل صادرا عن ذات الجهة التي أبرمت العقد(269)، فإن صدور هذا الفعل عن أي شخص معنوي عام غير الادارة المتعاقدة فإنه أحد شروط نظرية فعل الأمير، ولا يمكن تطبيقها. وقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر إلى ان تعاقد وزارة الري مع عدد من المقاولين على تنفيذ بعض الأعمال

---

(265) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1749 ، جلسة 1997/12/16 لسنة 37 ق.ع ،الموسوعة الادارية الحديثة ، ج 49،القاعدة 43 ،ص 177 .

(266)المصري ، **التوازن في العقد الاداري الدولي** ،مرجع سابق ، ص 314 _ 315

(267) فياض ، د. ابراهيم طه ،العقود الإدارية **" النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي المقارن "** ،مرجع سابق ، ص 235.

(268) حكم محكمة القضاء الاداري بتاريخ 1957/3/3 ، المجموعة ، س 1 ، ص239 . والذي داء فيه ...... أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية الأمير لا تقوم الا في حالة كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية فيها التشريع الجديد .... ، وكذلك المحكمة الإدارية العليا بمصر، حكمها بتاريخ 11 / يناير / 1969 ، مجموعة مجلس الدولة، السنة 14 ، ص 232.

(269)الهنداوي ، فتوح ، **دور القاضي الأداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية** ، دار النهضة العربية ، 2015 ،ص 222

بالمصالح والتفاتيش التابعة لها خلال السنة المالية 1969 /1970 لا يترتب أحقية لهؤلاء المقاولين في مطالبة الوزارة بفروق الأسعار الناجمة عن زيادة التسعيرة الجبرية للحديد المحلي والإسمنت بعد التعاقد وأثناء التنفيذ ذلك أن اجراءات زيادة الأسعار قد صدرت من غير الجهة الادارية المتعاقدة وزارة الري، الأمر الذي ينفي معه شروط تطبيق النظرية.(270) ومن الجدير بالذكر القضاء الإداري الفرنسي كان يطبق نظرية فعل الأمير بالنسبة لجميع الأعمال الادارية، التي تصدر عن السلطات العامة، الا أن مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن ذلك وقضى بأن تكون الاجراءات قد رتبت ضررا للمتعاقد، وليستوجب التعويض يجب أن يكون صادرا عن الجهة الادارية المتعاقدة، ومن ثم ضيق من نطاق تطبيق نظرية عمل الأمير وجعلها مقصورة على الاعمال التي تصدر عن الادارة المتعاقدة .وذلك ابتداءً من حكمها في قضية "Ville de Toulon"

وأصبح القضاء الحديث في فرنسا يقصر تطبيق نظرية عمل الامير على الاعمال التي تصدر من جهة الادارة المتعاقدة فقط. ويمثل هذا الشرط الحد الفاصل ما بين تطبيق نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، بحيث تطبق نظرية الظروف الطارئة في حالة كون الفعل الذي سبب ضرراً صادراً عن جهة الادارة غير المتعاقدة.[271]

اضافة الى ذلك يجب ان يصدر الفعل الضار بالمتعاقد دون خطا من جانب الادارة المتعاقدة، اذ يفترض أن الادارة لم تخطيء عندما قامت بالعمل، فوجود الخطأ يهدم تطبيق هذه النظرية[272] اما اذا انضوى فعل الإدارة المتعاقدة على خطأ من جانبها فإنها تسال على اساي المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة على أساس الخطأ. فأساس المسؤولية والتعويض بموجب نظرية فعل الامير هي مسؤولية عقدية دون خطأ[273].

جـــ : ان يكون الضرر الذي لحق المتعاقد ضرراً خاصاً غير متوقع

فيجب أن يكون الاجراء الصادر عن الادارة المتعاقدة والذي سبب الضرر اجراء مفاجأ للمتعاقد مع الادارة لم يكن ليوقعه وقت ابرام العقد، فالمفترض اذا توقعه أن يدخله ضمن حساباته في العقد حين قبل التعاقد، الأمر الذي يتعذر معه تطبيق نظرية عمل الأمير، وهذا ما استقر عليه القضاء المصري والفرنسي[274].

---

[270] ملف رقم 78/ 46/1 ، جلسة 1971/7/11 ، **الموسوعة الإدارية الحديثة** ، ج18 ، ط1 ، ص873 .

[271]عبد الحميد ، **أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري** ،مرجع سابق ، ص 46 .

[272] فودة ، د. رأفت ، **دروس في القانون الاداري** ، **العقود الإدارية والاموال العامة** ، دار النهضة العربية ،1994 ،ص 111 .

[273]عبد البديع ، د. محمد صلاح ، **دور فكرة التوازن المالي في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد** ، دار النهضة العربية ، طبعة 2009، ص 102 .

[274]خليفة ، د. عبد العزيز عبد المنعم ، **الاسس العامة في العقود الادارية** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2008 ، ص 215.

و د الشلماني ، حمد محمد حمد ، **امتيازات السلطة العامة في العقود الادارية** ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ،طبعة 2007 ، ص293 .

لا يكفى ان يتم التعويض بموجب نظرية عمل الامير بناء على وجود اجراء من قبل الادارة المتعاقدة دون خطا وأن يكون غير متوقع الحدوث أثناء التعاقد، بل يجب أن يسبب هذا الخطأ ضررا فعليا للمتعاقد مع الادارة.[275] ويتمثل هذا الضرر في نقص ارباحه المتوقعة أو زيادة خسائره، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة؛ الا أنه يشترط ان يكون خاصا اي اصاب المتعاقد مع الادارة وحده، بصورة أشد جسامة عمن سواه في مجموع الافراد الذين خاطبهم الاجراء، اضافة الى كون الضرر يجب أن يكون مؤكداً ومباشراً[276].

ثانياً: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية فعل الامير عدة آثار ، منها أعادة التوازن المالي للعقد، وتعويض المتعاقد عن الاضرار التي لحقت به، وكذلك اعفاؤه من الغرامات التأخيرية.

1) إعادة التوازن المالي للعقد

وإن أهم أثر لتطبيق نظرية عمل الأمير هو إعادة التوازن المالي للعقد[277] عن طريق تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي لحقت به نتيجة للإجراء التي اتخذته الإدارة تعويضا كاملاً، ويشمل هذا التعويض الخسارة التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة كتحمله نفقات إضافية أو التزامه بدفع رسوم جديدة، ويشمل التعويض كذلك ما فات المتعاقد مع الادارة من كسب يتمثل في المبالغ المعقولة التي كان من حقه أن يحصل عليها لو لم يختل توازن العقد.[278] وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري وقد أكد على ذلك القضاء الفرنسي والمصري حيث جاء في قرار محكمة القضاء الإداري بمصر في حكمها الصادر في 20 حزيران 1985" : أن القاعدة بالنسبة للتعويض ... أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره بل يقدره القاضي اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ... والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين:

---

[275] هنداوي **دور القاضي الإداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية**، مرجع سابق ، ص 228

[276] الحريري ، **تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير** ،مرجع سابق ، ص 530 .

[277] اقبيلات ،د. حمدي و الشوابكة ،د. ابراهيم كامل ، **بحث بعنوان اثر أثر نظرية عمل الأمير في حفظ التوازن المالي لعقد الفيديك** : دراسة تحليلية وتطبيقية ، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ، مجلد 1 عدد 2، الاردن ، رجب 1430 / تموز /2009 ، ص 80

[278] هنداوي، **دور القاضي الأداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية** ،مرجع سابق، ص244- 247 . الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية**،ص 629

الأول: ما لحق المتعاقدين من خسارة

ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، والثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب على اعتبار أن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال من عمله ورأس ماله ... وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية عمل الأمير عنه على أساس نظرية الظروف الطارئة في أن الأول تعويض شامل وغير جزئي كما هو في التعويض الثاني[(279)].

ثانياً: إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير

وغرامة التأخير هي غرامة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها كجزاء عن تأخيره عن تنفيذ العقد في موعده المحدد وفق ما تم الاتفاق عليه . ولكن قد يكون التأخير في تنفيذ الالتزامات في العقد ناتجاً عن تدخل الإدارة بزيادة أعباء المتعاقد معها فيؤدي ذلك الى عدم قدرة المتعاقد معها تنفيذ التزاماته في المدة المحددة.[(280)]

ثالثاً: إذا كان من شأن الإجراء الصادر من الإدارة أن يجعل من تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الادارة بحيث زادت الأعباء على المتعاقد لدرجة لا تتحملها إمكانياته المالية أو الفنية فله أن يطالب بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ.[(281)]

الفرع الرابع: تطبيقات نظرية فعل الأمير في عقد الأشغال الدولي

سوف نبحث في هذا الجزء تطبيقات نظرية فعل الأمير في عقد الاشغال الدولي عقد الفيدك من وجهة نظرنا والتي وجدنا بأنها تصلح لتكون تطبيقا لهذه النظرية تتمثل في:

أولا: الأوامر التغييرية والتي تم بحثها سابقا في هذا البحث .[282]

[(279)]قبيلات ،**أثر نظرية فعل الامير** ، مرجع سابق، ص 81عن ذلك انظر بهذا الصدد حكم مطول وحديث للمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2481 لسنة 40 ق . 40 المنشور على الموقع WWW.arlwafirm.com

[(280)]البشير ، د. نصر الدين ، **غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام** ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، طبعة 2007 ، 113 .

[(281)]عبد الحميد ، **أثر فعل الامير على تنفيذ العقد الاداري** ،مرجع سابق ، ص 109 .

[282]) راجع الاطروحة ، ص .80_86.

ثانيا: التغيير بسبب التشريعات:

جاء في البند 7.13 من عقد الفيدك الذي عالجت التغيرات بسب تغير التشريعات حيث أكدت الفقرة الثانية من هذا البند على أنه اذا تكبد المقاول أو كان سيتكبد تأخير و/أو كلفة اضافية نتيجة لهذه التغييرات في القوانين أو التفسيرات القضائية أو الحكومية الرسمية وذلك بعد التاريخ الأساسي فإنه يتعين على المقاول ارسال اشعار الى المهندس بذلك لتقدير استحقاقه بشأنها، مع مراعاة احكام المادة 1/20 بخصوص:

أ_ تمديد مدة الانجاز بسبب التأخير الحاصل، اذا كان الانجاز تأخيراً أو سوف يتأخر.

ب_ أي كلفة كهذه يتم اضافتها للعقد.

وبعد تسلم المهندس الاشعار فإنه يجب عليه أن يتوصل الى اتفاق عليها أو أن يعد التقديرات اللازمة.

من الملاحظ أن بنود العقد أوجبت التعويض من قبل الادارة بسبب إصدار أو تعديل أو الغاء التشريعات دون أن تميز اذا كان هذا التغيير من قبيل القوة القاهرة أو الظروف الطارئة أو حتى استنادا لكون هذا الاصدار او التعديل من قبيل افعال الامير وبالتالي تطبيق نظرية فعل الامير. انني اتفق مع رأي الدكتور حمدي اقبيلات بأن التعويض في المجال يستند الى بنود العقد دون أي من نظريات القضاء الاداري.[283]

وهذا الأمر يقودنا الى التساؤل التالي: هل المقصود بنظرية فعل الأمير الاجراءات الصادرة عن الادارة المتعاقد فقط، اما المقصود فيها الاجراءات الصادرة عن الإدارة بشكل عام سواء المتعاقدة أو غيرها؟

---

[283] اقبيلات، حمدي ،**أثر نظرية فعل الامير** ، مرجع سابق ، ص 93 .

ومن المعلوم والواضح فقهاً وقضاءً من أن القضاء الاداري يعوض عن الآثار المترتبة على عمل الامير وفق شروط محددة[284] وفق الاتي:

1_ الاجراءات التي تنصب بشكل مباشر على العقد وتكون صادرة عن جهة الادارة المتعاقدة تؤدي الى الاخلال بالتوازن المالي للعقد. مثل رفع الرسوم على مواد ضرورية لتنفيذ العقد.

2_ الاجراءات الصادرة عن الادارة المتعاقدة والتي تؤدي إلى تعديل شروط العقد، ونتيجة هذا التعديل يكون هناك اخلال بالتوازن المالي للعقد.

3_ الاجراءات الصادرة عن جهة الادارة غير المتعاقدة مثل اصدار التشريعات العامة والتي تسيء مركز المتعاقد، وكان هناك عدة اراء قضائية بهذا الخصوص صادرة عن مجلس الدولة الفرنسي حيث أن القضاء بداية رفض التعويض استنادا لمثل هذه الاعمال واستناداً الى أن الدولة غير مسؤولة عن أعمالها التشريعية، ثم قبل ذلك تطبيقاً لنظرية عمل الامير، ومن ثم رجع مجلس الدولة الفرنسي عن قراره وقصرت نطاق تطبيق النظرية على الاجراءات الصادرة عن جهة الادارة المتعاقدة فقط.[285]

وهذا الرأي الذي قصر تطبيق نظرية عمل الامير على الإجراءات الصادرة عن الادارة المتعاقدة دون غيرها، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة على الاجراءات الأخرى التي تصدر عن غير جهة الادارة المتعاقدة.[286]

وهناك اجتهادات قضائية لمجلس الدولة الفرنسي والتي جاءت بصيغة مألوفة وهي.... أن لأحكام القانون أو النظام صفة عامة وأن النفقات الإضافية التي تعرض لها المتعاقد مع الادارة يتحملها كل التجار والصناع بحيث أنها في هذه الظروف لا تنتج للمدعي حقاً بالتعويض الا اذا كان من شأنها

---

[284] الطماوي، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ،ص 917 ، 918 .

[285]اقبيلات ،**أثر نظرية فعل الأمير** ، مرجع سابق ، ص 94 نقلا عن C.E.4 .mars 1949, Ville de Toulon, Rec, 197و . C.E.4 Navem ter 1982, set Propertol.Rec 3181,A.j.D.A.1983

[286]عبد الوهاب ،محمد رفعت ،**مبادىء وأحكام القانون الإداري** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 ، ص 543 . و اعاد، القيسي،محمود ، **الوجيز في القانون الاداري** ، دار وائل للنشر ،عمان ،1998 ، ص 339 .

قلب اقتصاديات العقد فالشطر الأول من العبارة يستبعد تطبيق نظرية عمل الأمير والشطر الثاني بالإشارة إلى أنه أدى الى انقلاب اقتصاديات العقد، وهنا سمح للمتعاقد مع الادارة المطالبة بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، اذا توافرت شروط تطبيقها.

_كما يلاحظ على هذه المادة [287]بأن مصطلحاتها تفتقر الى الدقة من الناحية القانونية، حيث استخدمت عبارات مثل التفسيرات الحكومية وكذلك القضائية وهذا من المعروف أن تفسير القانون يكون من جهات مختصة مثل السلطة القضائية، وكذلك ديوان تفسير القانون وبالتالي فانه ما تم ذكره في هذا البند لا يرقى لمستوى النص القانون.

اضف الى ذلك أن المادة قصرت الحق بالحصول على التعويض أو تمديد الانجاز بسبب التشريعات. كما أن المادة أمرت بتعديل قيمة العقد زيادة أو نقصاناً أي أن الادارة تستطيع أن تخفض قيمة العقد، اذا كان أثر التشريعات يقضي بنقصان كلفة الاشغال. وهذا الشرط الاخير لا يمكن اعتباره ضمن أعمال نظرية الامير إنما يمكن اعتباره شرطاً عقديا ويطبق وفق نصوص العقد.

ثالثا: التغيير بسبب تغير التكاليف

أوضحت المادة 8/13 من الشروط العامة لعقد الفيدك كيفية معالجة التعديلات بسبب تغير التكاليف اذ أن المبالغ التي تدفع للمقاول يجب أن يتم تعديلها لتشمل هذا التغيير وقد جاءت فيها من الشروط الخاصة لعقد الفيدك معدلة للمادة من الشروط العامة إذ ألغت أسس احتساب التعديل في التكاليف الناجمة عن تعديل الأسعار الواردة فيها واستعاضت عنها بالأسس التالية:

---

[287] المادة (13:7) من عقد الفيدك .

أ –إذا حصل أي تغيير في أسعار المواد الرئيسية التي تدخل في صلب الأشغال الدائمة بعد موعد التاريخ الأساسي فإن أسعار البنود المتعلقة بها تتم مراجعتها لغايات حساب أي تعديل سواء بالزيادة أو النقصان وفقاً لما يلي:

إذا تم التغيير بناء على قرار حكومي بالنسبة لأسعار المواد المسعرة من قبل الدولة/ أو بناء على النشرات الدورية التي تصدرها وزارة الأشغال العامة والإسكان بعد الأخذ برأي لجنة فنية دائمة مختصة يتم تكليفها من قبل وزير الأشغال العامة والإسكان ويكون أحد أعضائها ممثلاً عن نقابة المقاولين وذلك بالنسبة لأسعار المواد غير المسعرة، من قبل الدولة وتتضمن ما يلي:
أسعار المواد الرئيسية المصنفة محلياً لكل شهر من شهور النشرة الدورية مبيناً فيها تاريخ تغيير الأسعار استناداً إلى أسعار المواد المعلنة من الشركات المنتجة لهذه المواد.

1_ أسعار المواد الرئيسية المستوردة من خارج المملكة لكل شهر من شهور النشرة الدورية مبيناً فيها تاريخ تغيير الأسعار استناداً إلى المعلومات المقدمة من الجهات الرسمية وغيرها مثل البيانات الجمركية أو الاعتمادات أو سعر بلد المنشأ أو غيرها من البيانات.

2_ يتم التعديل في أسعار بنود العقد سواء بالزيادة أو النقصان إزاء تغيير أسعار المواد الرئيسية بحيث يعوض أو يحسم من المقاول فرق أسعار المواد الرئيسية الناجم عن تغير الأسعار.

على أن لا يشمل هذا التعديل في السعر أي فرق ناتج عن تطبيق المادة 8/13 آنفاً وكذلك الفقرة 8/13 لاحقاً .ويتخذ القرار حول تعديل الأسعار من قبل وزير الأشغال العامة والإسكان.

ويتم تحديد المواد الرئيسية المقصودة بالفقرة أ أعلاه والمشمولة بالتعويضات بما يتناسب وطبيعة المشروع من بين المواد المدرجة آخر ملحق عرض المناقصة.

ب –إذا كانت استحقاقات المقاول تدفع بالدينار الأردني وحصل أي انخفاض في سعر تبادل الدينار مقابل الدولار الأمريكي أو اليورو مما يعلنه البنك المركزي في المملكة حسب النشرة اليومية الصادرة عن البنك المركزي في أي وقت لاحق لموعد إيداع عروض المناقصات، فيتم تعويض المقاول عما تكبده من خسارة مباشرة ناتجة عن تغير سعر تبادل الدينار مقابل الدولار الأمريكي أو اليورو عند دفع أثمان المواد والتجهيزات الآلية التي تدخل في صلب الأشغال

الدائمة والمشتراة من الأسواق الأجنبية ويقتضي في هذه الحالة مراعاة الشروط التالية لتعويض المقاول عن الخسارة عندما تدفع استحقاقات المقاول بالدينار الأردني:

1_ أن لا يقل الانخفاض عن 5% من القيمة الأساسية لسعر التبادل في موعد التاريخ الأساسي.

2_ أن يتم حصر كميات المواد المحضرة في الموقع ويعوض المقاول عن الكميات اللازمة لإنجاز الأشغال بعد تاريخ تغير سعر العملة وبحيث لا يدفع فرق للفاقد أو الإضافات في تلك المواد أو التجهيزات الآلية.

3_ لا يحسب للمقاول أي تعويض عن المصاريف الإدارية والأرباح.

4_ لا يحسب أي أثر لتغير السعر في أي مادة تقل قيمة بند الإشغال في جدول الكميات مما هو متعلق بها عن 6% من قيمة العقد المقبولة.

ج –إذا تغيرت أسعار المدخلات الأجنبية في المواد الإنشائية المصنفة محلياً لجميع أنواع المقاولات أو في أثمان المواد المستهلكة، واللوازم وقطع الغيار الخاصة بمعدات مقاولي الطرق والمياه والصرف الصحي، وتجاوزت نسبة التغير فيها 5% من أسعار البنود المتعلقة بها أو 5000 دينار أيهما أقل، فإنه يتم تعويض المقاولين إزاءها بموجب المعادلات التي يعتمدها وزير الأشغال العامة والإسكان في الوقت المناسب.

د –لا تطبق التعويضات المنصوص عليها في الفقرتين ب.ج أعلاه على أي مقاول يتقاضى جزءاً من استحقاقاته بالعملات الأجنبية.

هـ- إذا ارتفعت أسعار المحروقات اللازمة لتشغيل معدات المقاول في الأشغال بنسبة تزيد على5% من أسعار شراء المحروقات في موعد تقديم عروض المناقصات فيتم تعويض مقاولي الإنشاءات بموجب المعادلات التي يصدرها وزير الأشغال العامة والإسكان لهامش التغيير الذي يتجاوز نسبة 5 % المذكورة.

ويلاحظ على هذه المادة بأنها أمرت بتعديل قيمة العقد زيادة أو نقص بسبب تغير التكاليف وأن التعويض بسبب الزيادة لا يكون إلا في حالتين:

1_ اذا كان ارتفاع التكاليف كان بسبب اجراء قامت به الادارة المتعاقدة مثل زيادة الضرائب أو فرض رسوم.

2_ حددت المادة نسبة زيادة التكاليف ب 5% كحد أدنى من الاسعار الاصلية لتعويض المتعاقد.

وهذا لا يعتبر من قبيل نظرية عمل الامير؛ كون النظرية لم تحدد نسبة معينة أو جسامة معينة من الجسامة.(288)

بالنسبة لتطبيقات نظرية فعل الأمير فقد نص على احكامها في البند3.13 من عقد المقاولة الموحد الفلسطيني والذي عالج أوامر التغيير وكذلك في البند 7.13 والذي عالج التغيرات بسب تغير التشريعات حيث جاء في الفقرة الثانية من هذا البند على أنه اذا تكبد المقاول او كان سيتكبد تأخير كلفة اضافية نتيجة لهذه التغييرات في القوانين أو التفسيرات القضائية أو الحكومية الرسمية وذلك بعد التاريخ الاساسي فإنه يتعين على المقاول ارسال اشعار الى المهندس بذلك لتقدير استحقاقه بشأنها، مع مراعاة احكام المادة 1/20 بخصوص:

أ_ تمديد مدة الانجاز بسبب التأخير الحاصل، اذا كان الانجاز تأخر أو سوف يتأخر.

ب_ أي كلفة كهذه يتم اضافتها للعقد.

وبعد تسلم المهندس الاشعار فإنه يجب عليه أن يتوصل الى اتفاق عليها أو أن يعد التقديرات اللازمة.

اضافة إلى ما جاء في البند 8.13 والذي عالج التعديلات بسبب تغيير التكاليف حيث عالج هذا البند أي ارتفاع او تغير على الأسعار وأجور الأيدي العاملة. وعلى أسعار اللوازم وغيرها من مدخلات الاشغال .

ونضيف على ذلك ما جاء من تعديل على عقد المقاولة الموحد بموجب قرار مجلس الوزراء الفلسطيني والذي يحمل رقم 16/02/12/ م. و/ ر. ح لعام 2013.

---

(288) قبيلات ،حمدي ،**أثر نظرية الظروف الطارئة** ،مرجع سابق ، ص 98

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة ودورها في إعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

قد يتعرض المقاول أثناء تنفيذه للعقد الى ظروف طارئة غير متوقعة أثناء توقيع العقد وخارجة عن ارادة المتعاقدين، الامر الذي يجعل عملية تنفيذ العقد مرهقة جدا للمتعاقد مع الادارة؛ فتنقلب اقتصاديات العقد، ويختل توازنه المالي، لذلك أنتج الفقه والقضاء نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد، وتمكين المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ العقد دون ان يكون مرهقاً وفق ما تم الاتفاق عليه. ويتطلب منا دراسة نظرية الظروف الطارئة دراسة مفهوم النظرية وشروط تطبيقها واثار تطبيقها وفي دور النظرية في حفظ التوازن المالي في عقود الاشغال الدولية في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

لقد تم ترسيخ هذه النظرية عقب نشوء الحرب العالمية الأولى، وما شهده العالم من اضطراب اقتصادي، في قضية بوردو غاز في 1916/3/30.[289] حيث لم تستطيع الشركة في ذلك انتاج وتوزيع غاز بوردو في ذلك الوقت بسبب الحرب، ولم تستطع المحافظة على توازنها المالي بسبب ارتفاع الأسعار وهو الأمر الذي لم يتوقع حدوثه عند ابرام العقد ، فتقدمت الشركة بطلب لزيادة اسعار الغاز لمدينة بوردو، فقوبل طلبها بالرفض، وعندما طرح النزاع أمام مجلس الدولة الفرنسي، أصدر المجلس قراره بتحميل مدينة بوردو النصيب الأكبر من خسارة الشركة وكون الاخيرة مهددة بالتوقف نهائيا عن توريد الغاز نتيجة الظروف غير المتوقعة. وغاية هذا الحكم هو استمرار المرفق العام في تأدية الخدمة المنوط به اداؤها للمواطنين.[290]

فقد حذا القضاء الاداري المصري حذو القضاء الفرنسي فوضع أسس تطبيق النظرية في العقود الادارية بصفة عامة، وقد عرفت المحكمة الادارية العليا المصرية نظرية الظروف الطارئة وبينت أساسها وضمان أثرها في ضمان التوازن المالي للعقد حيث قضت بأن "…. قضاء المحكمة استقر على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بأن تطرأ حوادث خلال تنفيذ العقد طبيعية أو اقتصادية أو من فعل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقد معها أو من عمل انسان آخر واشترطت المحكمة أن هذه الشروط يجب أن لا تكون في حسبان المتعاقد عند توقيع العقد ولا يمكن لها دفعا كما يمكن أن تنزل به خسائر جسيمة، ومؤدى هذه النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها نصيباً من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام

---

[289] هنداوي ،دور القاضي الاداري في اعادة التوازن المالي للعقود الادارية، مرجع سابق ، ص 356.

[290] اسماعيل ، د. محمد عبد المجيد ، **عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها** ،منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 ،ص274 .

الظرف الطارئ وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الاداري واستدامته لسير المرفق العام، ويقتصر دور القاضي الاداري الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون تعديل للالتزامات العقدية.[291]

ويبدو اساس النظرية في فلسطين والاردن من قيام القاضي برد الالتزام المرهق الى الالتزام المقبول استنادا الى قواعد القانون المدني .

وتعد نظرية الظروف الطارئة من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية، بحيث لا يجوز النص على استبعاد تطبيقها،[292] وتعنى هذه النظرية أنه اذا حدث خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف أو احداث استثنائية خارجية عامة لم تكن متوقعة عند ابرام العقد، ويرتب حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد الإداري اختلا لا جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد وليس مستحيلا .[293]

وتقوم هذه النظرية على أساس مشاركة الادارة للمتعاقد معها في جزء من النفقات التي تكبدها المتعاقد خلال فترة الظرف الطارئ، وهي التزامات غير تعاقدية وخارج النطاق التعاقدي.[294]

وقد عرف الفقه الظروف الطارئة بأنها: "عبارة عن أحداث وظروف ادارية أو طبيعية او اقتصادية تنشأ أثناء تنفيذ العقد، ولم تكن بحسبان المتعاقدين وقت ابرام العقد، ولا يملكون دفعها، ومن شأن هذه الاحداث وتلك الظروف أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد بحيث تقلب اقتصاديات العقد راسا على عقب."[295]

فالنظرية تمكن المتعاقد مع الادارة الحصول على تعويض عندما يتعرض الى ظرف ليس للإدارة دور فيه، وذلك لتفادي وضعه في موقف مرهق قد يؤدي الى الإفلاس وعدم القدرة على تنفيذ التزاماته، وتقوم النظرية على اساس العدالة المجردة، والتي هي تعتبر مناط القانون الاداري والذي بدوره يهدف الى حسن سير المرفق العام والمنفعة العامة.[296]

وحتى يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب توافر شروط سوف نتطرق لها من خلال الفرع التالي:

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، يجب أن تتوافر شروط ثلاثة: الأول يتعلق بالعقد فيجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ، اما الشرط الثاني فيتعلق بالظرف الطارئ فيجب أن يكون استثنائياً غير

---

[291] فودة ، **العقود الإدارية والاموال العامة** ،مرجع سابق ، ص114.

[292] خليفة ، **الأسس العامة في العقود الإدارية** ، مرجع سابق ، ص 220 .

[293] ساري ، د. جورجي شفيق ، **المبادئ العامة للقانون الاداري** ، **الكتاب الثاني** ، **القواعد القانونية للنشاط الاداري** ، **المظاهر** ، **الوسائل** ، **الرقابة** ، دار النهضة العربية ، ط4 ، 2004، ص1046 . و جمعة ، د. أيمن محمد ، **آثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين** ، رسالة دكتورارة مقدمة الى جامعة الزقايق ،دون سنة نشر ، ص 596.

[294] هنداوي، **دور القاضي الإداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية** ، مرجع سابق ،ص 371 .

[295] فودة ، **العقود الادارية والاموال العامة** ، مرجع سابق ،ص114 .

[296] الادريسي، د. مولاي الحسن ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوازن المالي للعقد** ، بحث منشور في مجلة الابحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسارت والاستشارت القانونية وحل النزاعات ، مجلد ع2 ، 2013، ص 105 .

ممكن التوقع والدفع، والشرط الثالث يتعلق بأثر الظرف على الالتزام بحيث يصبح مرهقاً. وسوف نتناولها حسب الاتي:

أولاً: أن يكون العقد متراخي التنفيذ

نظرية الظروف الطارئة لا تطبق الا على العقود متراخية التنفيذ: وهي العقود التي يفصل بين ابرامها وتنفيذها فاصل زمني يحدث خلاله الحادث الطارئ، لذا فإن هذه النظرية تجد مجالها الخصب في العقود الزمنية سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقد الايجار، أو كانت دورية عقد التوريد.[297]

على أنه يمكن تطبيقها على العقود الفورية اذا تراخي تنفيذ التزاماتها كليا أو جزئيا، مثلا عقد البيع هو عقد فوري التنفيذ لكن ممكن أن يكون متراخياً في حالة تم تأجيل التزاماته سواء في تسليم البيع او بتقسيط الثمن، ممكن حدوث الحادث الاستثنائي في هذه الحالة ـ بحيث يمكن أن يكون التنفيذ مرهقا للمدين، وتطبق نظرية الظروف الطارئة. كذلك تطبق نظرية الظروف الطارئة على عقود المقاولة التي تحتاج الى فترة زمنية لتنفيذها.

ثانياً: وجود ظرف استثنائي عام

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية أن يكون هناك حادث استثنائي أو طارئ والمقصود بحادث استثنائي غير مألوف الحدوث ونادر الوقوع، فلا يدخل في حسبان المتعاقدين،[298] سواء كان هذا الظرف اقتصادياً كارتفاع غير عادي للأسعار أو طبيعياً بفعل الطبيعة أو بفعل شخص أخر غير المتعاقدين . الا ان هناك اتجاه يرى بأن التعويض يتم وفي حال الظروف الاقتصادية، حيث أن الصعوبات الطبيعية يمكن التعويض عنها من خلال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما يتم التعويض عن الاعمال الادارية من خلال نظرية فعل الامير، والتي سبق واشرنا اليها.[299]

لا يكفي أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً، ولكن يجب أن يكون عاماً، وكما أن المشرع اتجه إلى فرض شرط الاستثنائية بالنسبة إلى الظرف بقصد وضع ضابط لتطبيق النظرية فإنه اتجه أيضاً إلى فرض شرط العمومية لنفس السبب .والمقصود بشرط العمومية أن يكون الظرف شاملاً لعدد كبير من الناس كأهل بلد أو إقليم معين أو طائفة معينة منهم كالزراع في جهة ما أو منتجي سلعة بذاتها مثل فيضان عالٍ غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير

---

[297] يوسف ،المستشار سمير عثمان ، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الاداري** ، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط 1،2009 ، ص 104 .

[298] وتؤخذ كلمة الحادث على اطلاقها ، فلا يتعين أن يكون الحادث حدثا طبيعيا كزلزال أو اقتصاديا كتقلبات الاسعار وإما قد يمثل في صدور تشريع استثنائي ، وقد قضت محكمة النقض المصرية أن صدور تشريع الاصلاح الزراعي بالقانون رقم 178 لسنة 1952 يعد حدثا استثنائيا يسيغ تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

[299] يوسف ، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الاداري** ، مرجع سابق ،ص 106 .

متوقعة للجراد أو انتشار وباء، فلا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الاستثنائي الذي وقع خاصاً بالمدين وحده مهما بلغت فداحته، وعليه لا يجوز أن يتذرع المدين بمرض أصابه أو بموت ولد له كان يعاونه في تنفيذ التزاماته أو بحريق أمواله كل هذه ظروف لا تؤخذ في الاعتبار لأنها وأمثالها خاصة بشخصه وليست عامة.[300]

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أنه لا يشترط أن يكون الظرف شاملاً الناس جميعاً بل يكفي أن يكون المتعاقد قد شارك غيره من جمهرة الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع، وتطبيقاً لذلك يمكن اعتبار الحريق الذي يلتهم مدينة مثلاً أو حياً منها ظرفاً طارئاً، كذلك بالنسبة للظرف الذي يلحق أضراراً بطائفة معينة من التجار أو منتجي إحدى السلع يمكن اعتباره ظرفاً طارئاً على الرغم من أنه لم يشمل الناس جميعاً[301]

ثالثاً: عدم توقع الظرف الطارئ وعدم امكانية دفعه.

هذا الشرط يعد بمثابة الشرط الجوهري لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فيجب أن يتسم الظرف الطارئ بعدم توقعه وعدم امكانية دفعه.[302] يجب ان يكون مفاجئاً للمتعاقدين، ولم يكن بمقدور أي منهم توقعه عند ابرام العقد لتجاوزه كل التوقعات، أي لم يكن بمقدور المتعاقد توقعه عند ابرام العقد وفقا للمجرى العادي للأمور لحظة ابرام العقد، ففي هذه الحالة يمكن الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة.[303] وقد أكدت أحكام مجلس الدولة الفرنسي[304] والمحكمة الادارية العليا المصرية[305] على هذا الشرط.

إلا أن السؤال الذي يحتاج الى إجابة هل ينصب عدم التوقع على الظرف ذاته ام على أثاره؟

وقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية على "أن نظرية الظروف الطارئة التي استندت إليها محكمة الاستئناف لتعويض المطعون ضدها لم تكن من النظريات المعمول بها زمن نفاذ مجلة الأحكام العدلية وأن الدول التي اعتمدتها {من المبادئ السائدة فيها أنه لا يجوز تطبيقها إلا إذا كانت هذه الظروف لا يمكن توقعها } وأن النص في العقد المبرز الموقع بين فريقي الدعوى على أنه لا يحق

---

[300] مرقس، سلمان ، **الاثراء على حساب الغير من تقنيات البلاد العربية** ،المرجع السابق، ص 526 ،جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص358 -359 ،حسام الدين الأهواني: المرجع السابق، ص321 ،عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 284 -285 ،عبد الحكم فودة :المرجع السابق، ص49 ،موسى أبو ملوح: المرجع السابق، ص 225 ،عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 525 ،محمد السناري: المرجع السابق، ص 45

[301] المادة 151 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[302] د. هنداوي، **دور القاضي الأداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 378 . وحكم المحكمة الادارية المصرية العليا في الطعن رقم 1749 لسنة 37 ق.ع ، جلسة 1997/12/16 ، الموسوعة الادارية الحديثية ، ج49 ، ص 174 .

[303] خليفة ، **الاسس العامة في العقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 223 .

[304] هنداوي، **دور القاضي الأداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية** ،مرجع سابق ، ص 378 . مأخوذ من C.E.29 averilL 1981.Bernard. C .J.E.G. Janu. 1982. p.9

[305] حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعنين 549، 801 لسنة 35 ق. ع / جلسة 4/4/ 1993 ، مجموعة الاربعين عاما ، ص 453 . نفس المعنى في الطعنين 843 و 922لسنة 26 ق.ع ، جلسة 1982/11/20 ، المجموعة ، ص 92 .

للشركة المدعية المطالبة بأي زيادة أو فروق الأسعار فإن هذا يعني أن الفريقين كانا يتوقعان حين تنظيم العقد ارتفاع الأسعار "[306]

اتجهت المحكمة الادارية العليا المصرية إلى أنه إذا كان الظرف الطارئ نفسه متوقعا واثاره غير متوقعة فيكون بذلك توافر شرط عدم التوقع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث جاء في قراراها :" عن الارتفاع الباهظ في اسعار الزئبق _ ان صح انه كان متوقعا بالنسبة للعقد الثاني _ فان مدى الارتفاع لم يكن بالوسع توقعه."[307] والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حيث افتت بأنه " .... ويفرض أنه كان بمقدور الشركة توقع زيادة الاسعار، فلم يكن بمقدورها توقع مقدار الزيادة في السعر وبالتالي لم يكن بمقدور الشركة وقت تقديم عطائها ان تحتاط لزيادة الاسعار." [308]

رابعاً: ان يكون الظرف الطارئ مستقلاً عن ارادة المتعاقدين

يشترط أن يكون الظرف الطارئ مستقلا عن إرادة طرفي العقد، فلا تتدخل ارادة المتعاقد ولا جهة الادارة في حدوثه،[309] فهذا كان راجعا الى فعل المتعاقد نتيجة خطئه او اهماله فإنه يعتبر خطأ من جانب المتعاقد ولا يستفيد من هذا الخطأ، فلا يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن الظرف الطارئ الذي تسبب في حدوثه.[310] اما اذا كان الظرف الطارئ بفعل الادارة فنطبق فعل الامير وليس الظروف الطارئة.[311]

ويرى جانب من الفقه بأن شرط استقلال الظرف الطارئ عن طرفي العقد لا ينطبق على السلطة الادارية التي ابرمت العقد ، فيجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية الامير. تأسيسا على أن الحكمة من التعويض بموجب هذه النظرية هو سير المرفق العام وكذلك تحقيق النفع العام، فاذا كانت هذه النظرية توجب التعويض في حال وجود ظرف اجنبي بعيد عن أطراف العقد فالأولى أنها تعوض في حال وجود ظرف استثنائي صادر عن الادارة ، وان كانت نظرية فعل الامير توجب التعويض لكن هذه الاخيرة اشترطت التعويض في حال كان الاجراء المتخذ بفعل جهة الادارة المتعاقدة فقط، الامر الذي يجعل وجود ظرف بسبب الادارة غير المتعاقدة خارج نطاق التعويض في هذه النظرية والحالة هذه فإن

---

[306] قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/3 منشور على الموقع الإلكتروني المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين.

[307] حكم المحكمة الادارية العليا في القضية لرقم 2150 ،الصادر بتاريخ 1962/6/9.

[308] فتواها رقم 126 الصاردة بتاريخ 1960/2/7 ، مجموعة فتاوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، مجموعة العقود ، مبدأ رقم 276 ، ص 176 .

[309] المستشار د. محمد ماهر أبو العنينين ، **القاضي الاداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات** ، الكتاب الثالث ، مرجع سابق ، ص 152 وخليفة ،**الاسس العامة في العقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 224 .

[310] حمد محمد حمد الشلماني ،مرجع سابق ، ص 320 .

[311] الباسط ، **الاعمال الادارية القانونية** ،مرجع سابق ، ص 428

التوازن المالي للعقد يصبح في مهب الريح وكذلك قواعد العدالة التي تفترض وتوجب التناسب في الاعباء الاقتصادية.[312]

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه وسمح بأن يتم التعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة اذا كان الظرف الطارئ حدث بفعل الادارة.[313]

وكذلك اتجهت المحكمة الادارية العليا المصرية الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، اذا كان الظرف الطارئ صادراً عن جهة الادارة ولم تتوافر فيه شروط نظرية فعل الامير،[314] الا أنها تخلت عن هذا الاتجاه وتطلبت استقلال الظرف الطارئ عن طرفي التعاقد.[315]

واننا نرى أنه من العدالة والمنطق وحسن سير المرفق العام أن يتم التعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة في حال كان الظرف الطارئ بفعل السلطة الادارية، اذا لم يتم توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.

خامساً: أن يؤدي الظرف الطارئ الى قلب اقتصاديات العقد

لا يكفي حتى يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ان يكون هناك حدث استثنائي غير متوقع لا يمكن توقعه، وان يكون أجنبيا عن المتعاقدين، بل يجب اضافة الى ذلك أن ينشأ عن هذه الظروف ضراراً كبيرا ويلحق بالمتعاقد مع الادارة خسارة كبيرة بحيث يصبح التنفيذ اكثر كلفة وارهقا من وقت ابرام العقد.[316]

وقد أكدت على هذا الامر المحكمة الادارية العليا المصرية التي أكدت أن اعمال نظرية الظروف الطارئة أنه من شأن قيام الظرف لطارئ جعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل يكفي لذلك أن يكون التنفيذ أثقل عبئاً واقل كلفة مما قدره المتعاقدان وقت التعاقد، وان تكون الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة الى خسارة فادحة لا يمكن تحملها.[317]

أي المقصود أن الخسارة العادية التي ممكن تحملها لا تدخل ضمن اطار تطبيق شروط نظرية الظروف الطارئة فالمقصود هنا الخسارة التي لا يمكن تحملها وكذلك لا يدخل ضمن هذا الخسارة بدل الربح الفائت ـ فيجب أن تؤدى الخسارة الى قلب اقتصاديات العقد، فلا تصل مرحلة استحالة

---

[312] خليفة ،**الاسس العامة في العقود الادارية** ،مرجع سابق ، ص 225 .

[313] سلامة، د. وهيب عياد ، **دورس في العقود الادارية مع التعمق التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض القائم على غير الخطأ** ، دار المهضة العربية ، طبعة 2011 ،ص 96 .

[314] حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعن رقم 1223 لسنة 37 ق.ع ، جلسة 2/18 /1984

[315] حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعن رقم 1590 لسنة 45 ق.ع ، جلسة 2002/1/15 ، و حكمها الصادر في الطعن رقم 4669 لسنة 41 ق.ع ، جلسة 1997/11/25 .

[316] أمين ،**المبادئ العامة في تنفيذ العقد الاداري** ،مرجع سابق ، ص 423 .

[317] حكم المحكمة الادارية المصرية العليا الصادر بتاريخ 1972/6/17 ،مجموعة أحكام السنة 17 ، ص 576 ، عن خلفية ،**الاسس العامة في العقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 230 في الحاشية .

تنفيذ الالتزام قد تصل الى حد القوة الفاصلة المانعة، وهو ما يميز الظروف الطارئة عن القوة القاهرة. فالأولى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أما الثانية فتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.[318]

ويرى جانب من الفقه أن معيار قلب اقتصاديات العقد والارهاق في تنفيذ الالتزام هو معيار موضوعي ، تقاس بمعيار الشخص العادي فينظر اذا كان الظرف الطارئ يرهق الشخص العادي فتطبق النظرية لو كان بإمكان المتعاقد نفسه تحمل هذا الخسارة وتنفيذ الالتزام.[319]

بينما يرى جانب اخر من الفقه بأن معيار قلب اقتصاديات العقد والارهاق في تنفيذ الالتزام هو معيار شخصي، يختلف من شخص الى آخر، فهناك متعاقد يستطيع تحمل الخسارة الفادحة، وهناك متعاقد أخر لا يستطيع تحملها ، فهو معيار ليس جامدا بل يطبق على كل حالة على حده.[320]

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

اذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة في أي من العقود الادارية، فإنها تختلف في نتاج تطبيقها عن العقود المدنية حيث في العقود المدنية يلجأ القاضي الى تعديل بنود العقد بانقاص إلتزامات المتعاقد والمضار من الظرف الطارئ، اما في العقود الادارية فتهدف النظرية بالأساس الى ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فتسمح للمتعاقد مطالبة الادارة بأن تشاركه في تحمل النتائج الضارة عن تلك الظروف الطارئة.[321] ولذلك في العقود الادارية يقتصر دور القاضي الاداري على الحكم بالتعويض المناسب دون تعديل الالتزامات التعاقدية. ويكون من نتائجها ان تسمح للمتعاقد مطالبة الادارة بأن تشاركه في تحمل الخسارة الناتجة عن تلك الظروف الطارئة ،لذا فإن دور القاضي الاداري ينصب على الحكم بالتعويض دون تعديل أي من الالتزامات العقدية.[322]

*كنتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية أن تكون هناك التزامات متبادلة بين طرفي العقد تفرضها وتحتمها فرضية سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وذلك باستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد والزام الادارة بمعاونة المتعاقد وتحمل جزء من خسارته طوال فترة الظرف الطارئ.[323]

لذا سوف نعرض لأهم الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا للاتي:

---

[318]السناري ، د. محمد عبد العال ، **الضوابط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الادارية** ، دار النهضة العربية ، دون سنة نشر، ص 75.

[319]ابو العنين ،**القاضي الاداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات** ،مرجع سابق ،ص 153

[320]نصار، د. جابر جاد ، **العقود الادارية** ، دار النهضة العربية ، ط2 ،2005 ، ص 70

[321] ساري ، **المبادىء العامة للقانون الاداري** ، مرجع سابق ، ص 683 .

[322]اسماعيل ،د.وائل محمد السيد ، **المشكلات ا القانونية لتي تثيرها عقود البوت B.O.T وما يمثلها** ، ىدراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، طبعة 2011 ، ص 229 .

[323]أمين ،**المبادئ العامة في تنفيذ العقد الاداري** ،مرجع سابق ، ص421 .

أولا: التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ

ثانيا: التزام الادارة بتعويض المتعاقد جزئيا

ثالثا: أثر استمرار الظرف الطارئ على تنفيذ العقد الاداري

اولاً: التزام المتعاقد مع الادارة في الاستمرار في تنفيذ العقد

رغم كون الالتزام أصبح مرهقا وشاقا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، الا أنه مازال ممكنا، فيجب على المتعاقد مع الادارة بالرغم من الظروف الطارئة الاستمرار في تنفيذ التزاماته، وفقا لما تقتضيه ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد،[324] وان كان هدف المتعاقد مع الادارة هو الربح الا أنه معاون للإدارة في تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يستوجب التزامه بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية متى كان تنفيذ هذه الالتزامات مستطاعاً. ولم يتحول الظرف الطارئ الى قوه قاهرة تجعل من التنفيذ مستحيلا. [325]

ولقد أكدت المحكمة الادارية العليا على هذا الالتزام حيث قضت"....ولما كان العقد الاداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق وبحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته."[326]

ويعد هذا هو الأثر الذي يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة، وإن توقف المتعاقد مع الادارة عن الوفاء بالتزامه رغم قدرته على القيام بهذه الالتزامات يعرضه الى توقيع الجزاءات عليه، ولا يحق له الاستفادة من الحصول على التعويض من قبل الادارة.[327]

فالهدف من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، هومشاركة الادارة في تحمل جزء من خسارة المتعاقد و معاونته للاستمرار في تنفيذ التزاماته حتى يستمر المرفق العام في اداء خدماته.[328]

ثانياً: حق المتعاقد في الحصول على التعويض من الإدارة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة يحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول على معاونتها وأن تشاركه جزئياً، في جبر الأضرار التي لحقت به جراء هذا الظرف الطارئ.

الا أن سلطات القاضي المدني تختلف عن سلطة القاضي الإداري في أثار تطبيق النظرية فله الحق في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول للمعني القريب الذي يتبادر إلى الذهن لكلمة "رد"

---

[324] فودة، **دروس في القانون الاداري ، العقود الادارية والاموال العامة** ، مرجع سابق ، ص118

[325]عبد الحميد ،**أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الاداري**، مرجع سابق ، ص85.

د .خليفة ،**الاسس العامة في العقود الادارية**، مرجع سابق ، ص690 .

د. السناري ، **الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة** ، مرجع سابق ، ص 104 .

[326] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 767بتاريخ 1969/7/5 السنة 11 ق.ع . المجموعة ، ص 443 .

[327]عبد الحميد ، **أثر الظروف الطارئة والصعوبات المالية على تنفيذ العقد** ، مرجع سابق ، ص 86 .

[328]الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 662 .

هو التقليل من عبء الإرهاق الطارئ أثناء تنفيذ العقد، فالقاضي حينما يتصدى لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فهو يقوم بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالتسوية فيما بينهما، وعلى ذلك فالرد كلمة مرادفة للتعديل وللقاضي بناء على نص المادة 151 من مشروع القانون المدني الفلسطيني مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه، ولو أدى ذلك إلى إهدار القاعدة الشهيرة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين، فهو يستطيع:

أولاً: أن ينقص الالتزام المرهق.

ثانياً: أن يزيد في الالتزام المقابل.

ثالثاً: أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ.

ويعني تدخل القاضي بهذه الطريقة أنه يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين، حيث يعيد بإرادته هو صنع العقد من جديد، كما يعني من الناحية الفنية أن هناك تجديداً للالتزامات الناشئة عن العقد، بحيث تنقضي الالتزامات القديمة، وتحل محلها التزامات جديدة من صنع القاضي، فهي إذاً التزامات قضائية مصدرها حكم القاضي وليس العقد، وتعد نظرية الظروف الطارئة من أهم تطبيقات الالتزام القضائي في القضاء المدني . أما القاضي الاداري فدوره يختلف عن القاضي المدني حيث لا يستطيع ان يعدل في الالتزامات العقدية انما ينحصر دوره في تفسير العقد وتطبيق أحكامه، كذلك الحكم للمتعاقد مع الادارة المتضرر من جراء الظرف الطارئ بالتعويض.(329) الا أن محكمة القضاء الاداري المصري قد خرجت على القواعد العامة في الاختصاص وقضت بتعديل شروط العقد.(330) الا أن المحكمة الادارية العليا عدلت عن الحكم السابق وحكمت بالتعويض الجزئي استنادا الى توافر شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.(331)

واستطاع مجلس الدولة المصري أن يصل الى حل وسط عن طريق اعطاء المتعاقدين فرصة للاتفاق وتعديل بنود العقد، فان لم يستطيعا فالحكم بالتعويض.(332) وانني أرى أن هذا الراي منطقي وهو راي صائب وحيث أن فكرة الظروف الطارئة تقوم على اساس أن الظرف الطارئ كان سببا في ارهاق المتعاقد مع الادارة ويكون من شأن هذا الظرف الطارئ أن يهدد بتحقيق خسارة فادحة - فإن من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطلب معاونة الادارة في مواجهة هذا الظرف الطارئ مع الاستمرار في تنفيذ العقد، وبمجرد تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة فان من حق المتعاقد مع الادارة اللجوء الى القضاء ، والمطالبة بالتعويض. وهذا يعني توزيع الخسارة بين

---

(329) د. حازم بيومي المصري ، **التوازن في العقد الاداري الدولي** ، مرجع سابق ، ص 352 .

(330) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر بتاريخ 1960/7/14 السنة 11 ، ص 91 .

(331) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بتاريخ 1961/5/11 السنة 13، ص 875 .

(332)الحبشي ، **التوازن المالي في الانشاءات الدولية** ،مرجع سابق ، ص 334 .

طرفي العقد ،[333] وعادة ما يحكم القاضي بأن تتحمل الادارة الجزء الاكبر من الخسارة،[334] وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1992/2/19 حيث قضى بأن الزيادة في الاعباء المالية للمتعاقد الناتجة عن ظروف خارجية طارئة يبرر له طلب التعويض على أن يكون مغطيا لما نسبته 90_95 % من تلك الاعباء.[335]

الفرع الرابع: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في عقد الأشغال الدولي

سوف نبحث في هذه الجزء من هذ الدراسة تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في عقد الاشغال الدولي وفق الآتي:

إن نصوص عقد الاشغال الدولي الفيدك طبقت بالفعل نظرية الظروف الطارئة وذلك في البند 6/65 من الشروط العامة في العقد:

" اذا نشبت الحرب، سواء كانت معلنة أو غير معلنة، أثناء سريان العقد في أي مكان سواء من الناحية المالية أو من ناحية أخرى تؤثر على تنفيذ الأعمال، فعلى المقاول أن يستمر في بذل قصارى جهده لإتمام تنفيذ الأعمال ما لم يكن العقد قد أنهي بالفعل أو الى أن ينهى طبقا لحكم هذا البند ، على أنه يحق لرب العمل في أي وقت لاحق لنشوب الحرب أن ينهي العقد بإخطار يوجه الى المقاول ، وبمجرد توجيه هذا الاخطار، ينتهي العقد، باستثناء ما يخص حقوق الأطراف بموجب هذا البند وما يخص تطبيق البند67، وذلك دون الاضرار بحقوق كل من الطرفين الناشئة عن أي اخلال سابق على الانهاء."[336]

وكما أنه طبقاً للبند 1/66 من الشروط العامة، فإنه في حالة حدوث ظرف طارئ يكون خارجاً عن إرادة الطرفين، يجعل وفاء أحدهما أو كليهما بالتزاماته العقدية مستحيلا "أو مخالفا للقانون أو أعفى القانون الذي يحكم العقد طرفيه من الوفاء بالتزاماتهما يجوز اعفاء الطرفين من العقد.[337]

وبهذه النصوص نجد أن عقد الاشغال الدولي قد طبق نظرية الظروف الطارئة بكامل شروطها في العقد الامر الذي يؤكد من خلاله أن عقد الاشغال الدولي قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة، وجعل لها دورا في حفظ التوازن المالي للعقد.

---

[333]أمين ،**المبادئ العامة في تنفيذ العقد الاداري** ، مرجع سابق ، ص 427.

[334]فودة، **دروس في القانون الاداري ، العقود الادارية والاموال العامة** ، مرجع سابق ، ص 118 .

[335]هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوان المالي في العقود الادارية**، مرجع سابق ، ص 389 .

[336] الترجمة القانونية لعقد الفيدك ، مرجع سابق ، ص 119 .

[337] الترجمة العربية لعقد الفيدك ، مرجع سابق ، ص122 .

أما بالنسبة الى عقد المقاولة الفلسطيني الموحد فقد جاء في بنوده تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة حيث جاء هذا البند تحت عنوان مخاطر صاحب العمل والذي يحمل رقم 3/17 والذي جاء فيها ان من ضمن الظروف التي احتجت بها المادة الحرب والاعمال العدائية، والتمرد وأعمال الارهاب أو الثورة والعصيان والاستيلاء على الحكم بقوة، او الحرب الاهلية، الاعتدة الحربية والمواد المتفجرة أو الاشعاعات الايونية او التلوث الاشعاعي النووية، موجات الضغط الناتجة عن الطائرات استخدام صاحب العمل أو اشغاله لأي جزء من الاشغال الدائمة ـ تصميم أي جزء من الاشغال تم اعداده من قبل مستخدمي صاحب العمل او من قبل اخرين يعتبر صاحب العمل مسؤولا عنه، اي عمل لقوى الطبيعة مما يعتبر أمرا غير منظور او ما لا يعقل توقعه وأخذ الاجراءات الوقائية ضده. وفي المادة 4/17 بين كيفية تفادي الخسائر المادية الناتجة عن طرق والطريقة المثلى ليتم تحصيلها من قبل المقاول وهي بأن يتم اشعار المهندس بقيمة بالإضرار التي لحق به عن هذا الظرف وأن يتم الاصلاح الاضرار وفق لتعليمات المهندس واذا تكبد المقاول اي خسائر فإنه يتم اشعار المهندس بقيمة هذه الخسارة بموجب احكام المادة 1/120 من عقد المقاولة وأي تمديد لمدة الانجاز، واي كلفة اضافية الى قيمة العقد وبعد ان يتسلم المهندس الاشعار يقوم بتقدير هذه التعويضات مع احتساب هامش ربح معقول.

ونلاحظ على نص المادة المذكورة انها جعلت من تقدير الخسائر واصلاح الاضرار الناتجة عن هذا الظرف الطارئ للمهندس الاستشاري ومن المعلوم أن المهندس الاستشاري يتم تعيينه من قبل الادارة فبالتالي فإن المهندس الاستشاري لا يعد حياديا في العقد، ويكون دوره في العقد دوراً مزدوجاً فله دور تحكيمي هو خصم في ذات الوقت.

وأكدت محكمة النقض الفلسطينية على "أن نظرية الظروف الطارئة التي استندت إليها محكمة الاستئناف لتعويض المطعون ضدها لم تكن من النظريات المعمول بها زمن نفاذ مجلة الأحكام العدلية وأن الدول التي اعتمدتها {من المبادئ السائدة فيها أنه لا يجوز تطبيقها إلا إذا كانت هذه الظروف لا يمكن توقعها وأن النص في العقد المبرز م/1 الموقع بين فريقي الدعوى على أنه لا يحق للشركة المدعية المطالبة بأي زيادة أو فروق الأسعار فإن هذا يعني أن الفريقين كانا يتوقعان حين تنظيم العقد ارتفاع الأسعار"(338) وكانت هذه السابقة القضائية الوحيدة في مجالات تطبيق نظرية الظروف الطارئة في فلسطين، وأن جميع الخلافات حول تنفيذ العقد يتم حل جميع هذه

(338) قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/3 منشور على الموقع الإلكتروني المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين.

الاشكالات وتطبيق عناصر النظرية عن طريق الحل الودي بين الادارة والمتعاقد معها ومن بين هذه الحالات التي تم تطبيقها على نظرية الطارئة: "تعاقدت الادارة مع مقاول لإقامة مبني لوزارة الصحة الفلسطينية في مدينة الخليل، في عام 2004 حيث تم بداية العمل في المشروع من قبل شركة التجهيز والبناء للتعهدات الا انه وبعد بدء العمل عقد اتفاقيات مع متعهدين من اجل توريد جميع مواد البناء من اسمنت وبلاط وغيره من المواد اللازمة لا تمام المشروع، وكذلك المعدات وتوريد المحروقات، ودفع تأمينات العمال والضمانات الاخرى، الا أنه تم ايقاف العمل بالمشروع نتيجة صدور قرار من المحكمة بوقف العمل بهذا المبنى بسبب خلاف مع المجاورين للعقار، وتم ايقاف العمل بموجب قرار المحكمة المذكورة ما يزيد عن السنة، الأمر الذي كلف المقاول خسائر مادية كبيرة، تمثلت برواتب العمال والمهندسين وكذلك وما دفعه من تأمينات لتأمين العمال، وبدل كهرباء واتصالات، وكذلك بدل غرامات فسخ عقود مع موردين مواد . وطالب المقاول الادارة بدفع بدل هذه الخسائر كونه لم يكن الظرف الطارئ بيده ولا من صنعه وبالتالي فإن الاضرار التي لحقت به كبيرة لذلك؛ ونتيجة لكل ذلك تم تعويضه عن جزء من الخسارة التي لحقت به وقدرت هذه المبالغ بحوالي 228966 دولار امريكي، واستندت المحكمة في التعويض الى كون الظرف كان طارئاً وانه نتيجة هذا الظرف لحق المقاول خسائر كبيرة."

المطلب الثالث

دور نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة في التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية متقدمة النشأة ـ فهي من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري الفرنسي، فوضع اسسها، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بتعويض المتعاقد مع الادارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة في قضيةDuche في تاريخ 1864/6/24 والتي واجهته أثناء تنفيذ العقد حتى يتمكن من الاستمرار في التنفيذ.[339]

وقد تم تواتر مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق النظرية حتى وضحت معالمها ـ وأصبحت من النظريات المستقرة القائمة بذاتها.[340] وكان أول حكم صدر بشأن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في 5 مايو عام 1953.[341]

وسوف ندرس النظرية من خلال دراسة مفهومها ومجال تطبيقها في فرع أول وشروط تطبيقها في فرع ثان وأثار تطبيقها في فرع ثالث وتطبيقاتها في عقد الأشغال في فرع رابع الآتي:_

الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها

تعددت التعريفات لهذه النظرية سواء في الفقه الفرنسي ام المصري ، فقد عرفها البعض بأنها نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة ـ تعترض المتعاقد مع الادارة صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقد أن يتوقعها ، ترمي بأعباء خطرة وغير طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر.[342]
ويلاحظ على هذا التعريف بأنه قصر تطبيق هذه النظرية على عقد الأشغال العامة ، دون غيرها من العقود الادارية الاخرى . وقد عرفها الأستاذ الطماوي بأنها اذا ما صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعية استثنائية خاصة ، ولا يمكن توقعها بأي حال من الأحوال عند ابرام العقد، تؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإن من حقه أن يطالب بالتعويض الكامل عن نسبة هذه الصعوبات من الاضرار." [343]

---

[339] عمر ،حمدي علي ، **المسؤولية التعاقدية للإدارة ، دراسة مقارنة** ، دار النهضة العربية ، طبعة 2006 ،ص 185 .
[340] رسلان، د. أنور ، **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة _ بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد** ، السنة 48 ، العددان 3، 4 ، سنة 1980 ، ص 835 ما بعدها .
[341] عبد الحميد ، **اثر الظروف الطارئة والصعوبات المالية غير المتوقعة على تنفيذ العقد الاداري** ، ص 116 .
[342] christophe.LAJOYE_Droit des Marehe's_ publics_ 2000_ op _ cit _ 179 .
[343] الطماوي ، **الاسس القانونية للعقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 714 .

فالصعوبات المادية يجب أن تكون غير عادية استثنائية غير متوقعة، وغالبا ما يتم ارجاع هذه الصعوبات الى الظواهر الطبيعية، ويجب أن تكون خارجة عن ارادة الطرفين ويجب أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد ومكلفا له بصورة لم يتوقعها عند التعاقد - فإن قواعد العدالة تقضي تعويضه عن ذلك. [344]

والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الاضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ اضافي له على الاسعار المتفق عليها."[345]

ومن خلال التعريفات السابقة نجد أن بعض التعريفات قصرت النظرية على عقود الاشغال العامة والبعض الاخر جعلها قابلة للتنفيذ على كافة العقود الادارية وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء وذلك في حالة توافر شروطها.

والسؤال الذي يطرح نفسه: ما وجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ؟

تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من حيث مصدر الفعل المكون للظرف الطارئ فهو لم يكن موجودا وقت ابرام العقد ولكنه حدث وطرأ أثناء تنفيذ العقد ولم يتوقعه أي من طرفي العقد وقت الابرام - وقد يكون مصدره ظروف طارئة اقتصادية أو سياسية - [346]أما الصعوبات المادية غير المتوقعة فهي صعوبات مادية كانت موجودة عند ابرام العقد ولكنها لم تكتشف الا أثناء تنفيذه.

كذلك فإن المتعاقد مع الادارة يحصل على تعويض جزئي عن الظرف الطارئ في نظرية الظروف الطارئة الا أنه يحصل على تعويض كامل في نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة لمواجهة كافة النفقات التي بتكبدها المتعاقد نتيجة وجود هذه الصعوبات.[347]

ومن خلال ما تم ذكره يمكن أن يتم تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها النظرية التي بموجبها يتم تعويض المتعاقد مع الادارة تعويضا كاملا عما يكبده من نفقات وتكاليف جراء ما واجهه من صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة عند بدء تنفيذ العقد.

---

[344]ساري ، **المبادىء العامة للقانون الاداري** ، مرجع سابق ، ص 1033 .

[345] حكم محكمة القضاء الاداري في الطعن رقم 7892 جلسة 1957/1/20 .

[346]عمر ، **المسؤولية التعاقدية للادارة** ، ، مرجع سابق ، ص 188 .

[347]المولى ،علي محمد عبد ، **الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الاداري** ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1991 ،ص 18 .

الفرع الثاني: الشروط اللازمة لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لكي يستطيع المتعاقد مع الادارة أن يستفيد من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيجب أن يتوافر عدة شروط وهي تقسم الى قسمين وفق الآتي: _

اولا: الشروط الواجب توافرها في الصعوبات:

1_ أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية بحته.

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية استثنائية لم يكن يتوقعها عند توقيع العقد، كوجود طبقات صخرية او عدم استقرار في التربة كوجود غزارة المياه الجوفية في ارض تنفيذ الاشغال العامة مما يجعل اعمال الحفر اكثر تكلفة ، يترتب حتى يتم معالجتها تكلفة مالية كبيرة على المتعاقد تفوق التزاماته.(348)

وقد غير مجلس الدولة الفرنسي أن عدم ثبات التربة يعتبر حدثاً غير متوقع من قبل الصعوبات غير المتوقعة ـ كما انه اذا ترتب على سقوط الامطار،(349) التأثير على التربة مما يترتب عليها التربة تشكل كبير مما جعل استمرار المتعاقد في تنفيذ أعماله بالغ الارهاق ويعد من قبيل الصعوبات المادية، التي تخل باقتصاديات العقد، كما يمكن ان تكون الصعوبات المالية بفعل الغير لا يد لأطراف العقد فيها مثل وجود قناة خاصة مجاورة لموقع العمل تؤثر على الابنية التي يتولى المتعاقد القيام بها.(350) واعتبرت المحكمة الادارية العليا المصرية من قبيل الصعوبات المالية وجود اساسات خرسانة وخزانات مياه تحت ارض الاشغال.

ويعتبر أكثر التطبيقات العملية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة الظواهر الطبيعية والظواهر الجيولوجية للأرض محل التنفيذ. وهذا ما اخذت به المحاكم الادارية المصرية ومجلس الدولة الفرنسي في العديد من احكامها.[351]

2 _أن لا تكون الصعوبات المالية متوقعة أو كان بالإمكان توقعها.

لا يكفي وجود هذه الصعوبة حتى يتم تطبيق النظرية، بل يجب أن يكون المتعاقد مع الادارة قد ألم بكل حيثيات العقد والتنفيذ ولم يتوقع مثل هذا الظرف ولم يكن بالإمكان توقعه.[352]

وان من واجبات المقاول تحري كل الأعمال ومكان العقد وطرق تنفيذه، وهذا يعتبر من ضمن الالتزامات الواقعة على عاتقه.[353]

---

[348] الطماوي ، **الاسس القانونية للعقود الادارية** ،مرجع سابق ، ص 718.

[349] هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوان المالي في العقود الادارية**، مرجع سابق ، ص 413 .

[350] خبير، د. مطيع علي حمودة ، **العقد الاداري بين التشريع والقضاء في اليمن** ، دراسة مقارنة ، جامعة عين شمس ، ص

[351] هنداوي ، دور القاضي في اعادةا لتوازن المالي في العفود الادارية ، مرجع سابق ، ص 430 .

[352] ساري ، **المبادئ العامة للقانون الاداري** ، مرجع سابق ، ص 1032 .

[353] المادة 80 من قانون المناقصات المصري لعام ويقابلها المادة 9 من القانون الفلسطيني

وعلى الادارة كذلك مساندة المتعاقد معها في تحري هذه الصعوبات المادية التي قد تعترض تنفيذ العقد، وعليها ان تضع تحت تصرفه كافة ما لديها من معلومات من شأنها مساعدته في الوصول الى غايته.[354]

واذا قصر المتعاقد في التحري والبحث عن الصعوبات المادية التي تواجه تنفيذ العقد، فالقضاء المصري والفرنسي رفضا التعويض اذ كان بمكانه الوصول الى هذه الصعوبات وتوقعها .[355]

ويقع اثبات الصعوبة وعدم توقعها على عاتق المقاول المتعاقد مع الادارة ، وتقدير عدم التوقع لتقدير القاضي وهو معيار موضوعي .[356]

3 أن لا تكون هذه الصعوبات بفعل أحد الاطراف

يجب ان تكون هذه الصعوبة مستقلة عن اطراف العقد، فاذا كانت ناتجة عن أحد الاطراف فعليه وحده تحملها وما يترتب عليها، ولو كان الاطراف مشتركين في الصعوبة فتتوزع بينهما الأعباء كل بقدر مساهمته ، أو حتى يستحق المتعاقد التعويض الكامل فيجب أن تكون الصعوبة أجنبية عن أطراف هذا العقد .[357]

وقد قضت المحكمة الادارية الفرنسية في حكمها الصادر في 6 سبتمبر 2011 بانه كان بإمكان المتعاقد تقدير الصعوبات المادية اذا تبين انها تحتاج الى معدات خاصة لا تناسب امكانياته للعمل.[358]

وفي حكم لها قضت المحكمة الادارية المصرية العليا في هذا الصدد :"(... وإن كان المدعي ق أخطأ حينما تقدم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنيين ودون ابداء تحفظاته الفنية الى جهة الادارة في الوقت المناسب الا أنه من الناحية الأخرى إن جهة الادارة أسهمت هي الأخرى في وجود الصعوبات التي اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل في وضع تصميمات المشروع على اساس لا يتفق مع الناحية الفنية ، وعلى ضوء ما تقدم فإنه يتعين على كل من الطرفين أن يتحمل تبعة ما وقع فيه من خطأ ،ومن ناحية أخرى لا يحق للمدعي أن يطالب جهة الادارة بأية مبالغ إضافية تكبدها أو خسائر لحقت به نتيجة للصعوبات التي واجهها في تنفيذ العملية ."([359])

---

(354) خليفة ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 244 .

(355) المصدر نفسه، ص 243 .

(356) علي، **اثار العقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 315 . و خليفة ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 244 .

(357) فودة، **دروس في القانون الاداري** ، **العقود الادارية والاموال العامة** ، ص123 .

(358) هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوان المالي في العقود الادارية**، مرجع سابق ، ص417 .

(359) حكم المحكمة الادارية المصرية العليا في القضية رقم 71 لسنة 17 ق.ع جلسة 12/20 / 1969 ، مجموعة المبادىء القانونية في ثلاث سنوات من 1966/10/1 ، 1969/9/30 ، ص341 .

4_ أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي غير مألوف

لا يكفي أن توجد صعوبات مادية غير متوقعة للمتعاقد حتى يتم تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وقت التعاقد، بل يجب ان تكون هذه الصعوبات غير مألوفة وغير متوقعة واستثنائية والتي تعدت كل ما يمكن توقعه من المتعاقد عند التعاقد.[360]

أما اذا كانت الصعوبات غير المتوقعة من ضمن المخاطر البسيطة والتي من المفترض أن تدخل في حسابات المتعاقد فانه لا يتم تطبيق النظرية .[361] وقد أكد هذا الشرط مجلس الدولة الفرنسي للتعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيجب ان لا يتجاوز ما كان متوقعا وقت التعاقد. [362]

وأكدت على هذا الشرط محكمة القضاء الإداري المصري حيث قضت بأن "شرط الصعوبة المادية غير متوقعة غير العادية أو الاستثنائية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي وهو يتولى تطهير ترعة كانت ذات صلابة غير عادية بل يجب أن تكون هذه الطبقة ذات امتداد غير عادي أيضاً ، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسب كثيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وتهدف وحده بتحقيق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية او استثنائية."[363] وتقدير كون الظرف استثنائياً من عدمه يرجع الى القاضي وفقاً لظروف الحال وما يقدمه المتعاقد من ادلة على معيقات التنفيذ تندرج تحت الصعوبات المادية غير العادية.

5 _أن يترتب على هذه الصعوبات جعل تنفيذ العقد مرهقاً

حتى يتم تطبيق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة يجب ان يكون الالتزام مرهقاً للمتعاقد وأن يكون تنفيذه لالتزاماته مرهقاً ولكن ليس مستحيلا والا طبقت نظرية القوة القاهرة، لكن يكفي اختلال التوازن المالي في العقد بحيث يزيد الأعباء المالية على المتعاقد.[364]

ولا يشترط تطبيق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة قلب اقتصاديات العقد كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، بل يكفي ان تكون الصعوبات المالية غير عادية واستثنائية وألحقت ضررا بالمتعاقد في صورة ارتفاع تكاليف العملية، فلو تمكن المتعاقد من التغلب عليها دون تكاليف زائدة فلا مجال لتطبيقها.[365]

---

[360] عمر ، **المسؤولية التعاقدية للادارة** ، مرجع سابق، ص 188 .

[361] خليفة، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق، ص 240 .

[362] هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوان المالي في العقود الادارية**، مرجع سابق، ص 417 .

[363] الشلماني ، **امتيازات السلطة في العقد الاداري** ، مرجع سابق، ص 338 .

[364] جعفر ،د. أنس ، و جعفر، د. أشرف أنس ، **العقود الادارية** ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 باصدار قانون المناقصات والمزايدات ولائحة التنفيذية وفقا لاخر التعديلات 2010 مع دراسة لعقود B.O.T ، دار النهضة العربية الطبعة الخامسة ، 2011 .

[365] خليفة ، **الاسس العامة في العقود الادارية**، مرجع سابق، ص 242 .

ولا يشترط أن يكون الضرر جسيماً الذي يصيب المتعاقد لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والحصول على التعويض الكامل جراء النفقات الزائدة التي تكبدها المتعاقد ، ويستثنى من هذه الحالة العقد الجزافي.[366]

يقلب الضرر في هذه العقود العقد راسا على عقب ، أي أن تتجاوز الخسائر لتنفيذ محل العقد الحد الاقصى للأسعار وهو الذي لا يمكن توقعه عند ابرام العقد. [367]

وحتى يتم التعويض في العقود الجزافية بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يجب أن يحصل قلب لاقتصاديات العقد وحدوث ضرر جسيم وهنا تتماثل نظرية الظروف الطارئة مع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . وقد اكدت على ذلك الجمعية العمومية المصرية للقسم الاستشاري في فتواها الصادرة بتاريخ 1964/2/4 ، حيث تقول :" مما يجب التنبيه اليه بالنسبة للعقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الاعمال المطلوبة ، تحديداً إجمالياً لما تلتزم الجهة الادارية من ثمن يقابلها، فإن الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنه يجب عندئذ أن تكون من شأنه الصعوبات المادية _ في هذه الاحوال _ أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانهيار الاساس الذي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه"[368] ومسالة قلب اقتصاديات العقد هي مسألة نسبية تقدر حسب كل حالة على حده وفقا لظروف العقد ، وتخضع لتقدير القاضي وفقاً لظروف العقد .

الفرع الثالث: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة

بتوافر الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يترتب عليها امران هامان وهما:

أولاً: الاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد مع الادارة بموجب العقد .

يجب على المتعاقد مع الادارة الاستمرار في تنفيذ التزاماته بموجب العقد حيث أن الصعوبات المادية لا تؤدي الى استحالة التنفيذ ولكنها تجعله مرهقاً واكثر كلفة، واذا ما توقف المتعاقد مع الادارة من تنفيذ التزاماته فإنه يكون عرضة لإيقاع الجزاءات المقررة في هذا الصدد ويفقده حقه في التعويض.[369]

---

[366] يقصد بالعقود الجزافيه هي تلك العقود التي تتضمن تحديدا لكمية الاعمال في مقابل ثمن اجمالي ما تؤديه الادارة من ثمن لقاء التنفيذ ، فتحدد هذه العقود الثمن الاصلي الذي تدفعه الادارة مقابل كمية الاعمال الاجمالية التي يلتزم بها المتعاقد .

[367] السلام ، **الاسس العامة في العقود الادارية**، مرجع سابق، ص731

[368] هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية** ، مرجع سابق، ص 419 .

[369] الطماوي ،**الاسس القانونية للعقود الادارية** ، مرجع سابق، ص 724 .

اما اذا كانت الصعوبات التي تصادف المتعاقد مع الادارة ترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام فإننا نكون بصدد قوة قاهرة ولا نكون بصدد صعوبات مادية غير متوقعة.[(370)]

ثانياً: حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل

إن استمرار المتعاقد مع الادارة في تنفيذ التزامه بموجب العقد رغم ما يواجه من صعوبات مادية غير متوقعة يترتب له الحق بالحصول على تعويض كامل من الجهة الادارية المتعاقدة يتم بموجبه جبر جميع المصاريف والخسائر والزيادات في الاسعار التي تحملها والناجمة عن تلك الصعوبات " فالمتعاقد مع الادارة طبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يتحمل شيئا من تلك الخسائر بل تلتزم الادارة بتحمل اعبائها كاملة."[(371)] اما الصعوبات المادية التي تكون نتيجة خطأ المتعاقد يتحمل تكلفة اصلاحها المتعاقد مع الادارة .[(372)] وقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بمبدأ التعويض الكامل في حكمه الصادر في 30يوليو 1948 في قضية IMIN.GURREC.SO.ROT

.[373] وان المحكمة الادارية العليا المصرية جاء في حكمها الصادر بتاريخ 1997/12/16 الى انه

" ..... كما وأنه حسبما سلف لا يمكن القول بامتداد الإقرار الصادر من المطعون ضده بمعاينة الأرض والأتربة بالنسبة للأعمال الأصلية الإضافية ....، وبالتالي يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبة مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد ."[(374)]

ويتم احتساب التعويض الكامل على اساس الاسعار الجديدة لا على الاسعار المتفق عليها في العقد وذلك في حالة تغير الظروف الاقتصادية والاسعار وقت التعويض عنها وقت ابرام العقد.

بينما يتم احتساب التعويض بمبلغ اجمالي اذا أدت الصعوبات المالية غير المتوقعة الى عدم امكان التعويض على اساس الا سعار المتفق عليها ويحدد فيه على وجه الدقة و ما تكبده المتعاقد من نفقات معينة.

المشرع الفلسطيني ومن خلال تعديل دفتر المقاولة الموحد بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 16/02/12/م.و/ أ. هـ بتاريخ 2013/10/8: والذي جاء فيه : تعديل المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم 12/46/06/م.و/س.ف لعام 2008 بشأن تعديل قرار عقد المقاولة الموحد للمشاريع الانشائية لتصبح على النحو التالي :"

---

(370) جعفر،و جعفر، **العقود الادارية** ، مرجع سابق، ص321 . و عبد السلام ، **الاسس العامة في العقود الادارية**، مرجع سابق، ص 152 .

(371) الجبشي ، **التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية** ، مرجع سابق، ص 415 .

(372) امين ،**المبادىء العامة في تنفيذ العقد الاداري**، مرجع سابق، ص 304 .

373 المرجع نفسه ،ص404.

(374) حكم المحكمة الادارية المصرية العليا في الطعن رقم 567 لسنة 29 ق جلسة 1997/12/30 ، الموسوعة الادارية ، ج49، ص 171 .

تسدد دفعات العطاء مع الاخذ بعين الاعتبار التغير في الرقم القياسي لأسعار مدخلات الانشاءات بحيث يتم التعويض لطرفي العقد عن الزيادة أو النقص عن هامش 3%.

أي دفعة يتم تقديمها من طرف المقاول يتم احتساب الرقم القياسي للشهر الذي يسبق تاريخ هذه الدفعة، أما الدفعة النهائية فيتم احتساب الرقم القياسي على الشهر الذي يسبق تاريخ كتاب المقاول بتسليم المشروع.

جـ . يتم تحويل قيمة العطاء المسعر بعملة الشيكل الى عملة الشيكل في اليوم المحدد لتسليم العطاء وفق سعر الصرف الصادر عن سلطة النقد الفلسطينية.

د. يجري ربط قيمة العطاء بالرقم القياسي للشهر المحدد في تسليم العطاء.

ه. يتم تسديد دفعات العطاء المرحلية باعتماد سعر صرف ليوم وصول الدفعة لحساب المقاول.

و . يتم تسديد الدفعة النهائية باعتماد سعر الصرف في اليوم الذي تحول فيه الدفعة من الدائرة الفنية الى الدائرة المالية لدى المالك طرفي التعاقد.

ز. سعر الصرف المعتمد هو السعر المتوسط حسب نشرة سلطة النقد.

الفرع الرابع: تطبيقات نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقد الاشغال الدولي

من خلال هذا الفرع سوف نبحث في تطبيقات نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقد الأشغال الدولي. حيث أنه وبالرجوع الى عقد الاشغال الدولي الفيدك فقد أخذ العقد بما يسمى بالعوائق المادية وخاصة في البند 2/12 الذي يبين أن المقاول إذا ما صادف عوائق مادية غير متوقعة بالنسبة للمقاول المتمرس باستثناء الظروف المناخية، فإنه يتعين عليه اخطار المهندس بها وإرسال صورة لرب العمل من هذا الإخطار ويكون المهندس بعد تسلمه الاخطار ومناقشته، فإذا رأى أن هذه الظروف والصعوبات لا يتصور توقعها من قبل المقاول المتمرس، فيقرر بعد اجراء مشاورات مع رب العمل والمقاول بالاتي:

1 امتداد وقت التنفيذ يكون مستحقا للمقاول.

2 احقية المقاول في الحصول على التكاليف التي تكبدها من جراء العوائق.

ويتعين عليه إخطار كلا من المقاول ورب العمل بما تقدم.(375)

ويتضح من خلال النص السابق أن رب العمل هو الذي يتحمل العوائق والصعوبات غير المتوقعة طالما لا يوجد اتفاق يخالف ذلك، وإن تحديد معيار المقاول المتمرس هو معيار موضوعي وليس

(375) الترجمة العربية لعقد الفيدك ، البند 2/12_ مرجع سابق ، ص 24- 25 .

معيار شخصي، بالإضافة الى أنه يجب على المقاول الاستمرار في العمل لحين صدور التقرير من المهندس يفيد أحقيته في النتائج المترتبة على تلك الصعوبات وهي:

1 امتداد وقت التنفيذ.

2 الحصول على مقابل ما تكبده نتيجة هذه الظروف.

وجدير بالذكر أن التعديل الاخير لعقد الفيدك الذي تم في سبتمبر 1999 قد افترض أموراً ثلاثاً ما لم يتم الاتفاق على خلافها وهي:

1 حصول المقاول على كافة المعلومات الضرورية عن كافة المخاطر التي يمكن أن تؤثر على الأعمال.

2 قبول المقاول كافة المسؤولية عن توقعه لجميع الصعوبات وكذا التكاليف اللازمة لإتمام الاعمال بنجاح وذلك بمجرد توقيعه على العقد.

3 لم يتم تعديل قيمة العقد لأخذ أية صعوبات أو تكاليف غير متوقعة في الاعتبار بمعنى أحقية المقاول في امتداد العقد أو الحصول على التكاليف التي تكبدها بسبب تلك الصعوبات.(376)

وإنني لأرى بأن الصعوبات المادية التي تم ذكرها سابقا هي الصعوبات المعتادة التي يتوقعها المقاول الممارس أما الظروف الاستثنائية، فمن المسؤول عن تحمل تبعاتها هو رب العمل، لان القول بغير ذلك سوف يؤدي الى عدم قدرة المقاول على تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها وقت ابرامه ، الأمر الذي يجعل هذه الصعوبات الاستثنائية تؤدي الى انهيار العقد، وهذا الامر لا ينطبق على حالة اخفاء رب العمل المعلومات الضرورية عن المخاطر والصعوبات التي لا يمكن للمقاول عند التعاقد توقعها، فإن رب العمل هو الذي يتحمل الآثار الناجمة عن تلك الصعوبات والمخاطر التي اخفاها.

المطلب الرابع: نظرية القوة القاهرة ودورها في إعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

في هذا المطلب سوف نقوم بدراسة نظرية القوة القاهرة من ناحية تعريفها وكذلك شروط تطبيقها وآثار تطبيقها من خلال الفرع التالية:

---

(376) الترجمة العربية لعقد الفيدك نص المادة 12/40 من التعديل الاخير .

الفرع الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة بانها الحادث الخارج عن ارادة المتعاقدين ويستحيل دفعه ويؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية.[377]

وقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الظروف التي تكون بسبب قوة خارجة عن ارادة المتعاقدين ولا يمكن رد اثرها مما يجعل تنفيذ العقد مستحيلا ويتحلل المتعاقدون من التزامهم كظواهر الطبيعية التي لا يكون بوسع المتعاقدين ردها ووقفها.[378]

فتعد القوة القاهرة من الاسباب التي تخول جهة الادارة والمتعاقد معها الحق في انهاء العقد، فيجوز للمتعاقد التحلل من التزاماته باللجوء لقاضي العقد لفسخ العقد. [379]

اذا كانت القوة القاهرة تعتبر سببا لفسخ العقد اذا استحال تنفيذه بصفة مطلقة الا انه نظرا للطبيعة الخاصة للعقود الادارية فإنه يتعين على المتعاقد مع الادارة أن يلجأ لقاضي العقد للحصول على حكم بفسخ العقد للقوة القاهرة، أما فيما يتعلق بالإدارة فإنها تستطيع إنهاء العقد بقرار منها بناءً على سلطتها في الانهاء بإرادتها المنفردة. [380]

ونظراً لطبيعة العقود الادارية وما لهذه العقود من اعتبارات خاصة والتي تستلزم الاستمرار في اداء الخدمة حتى يضمن استمرار المرفق مهما كان الثمن وبالتالي يجب ان لا يترك للإفراد حرية تقدير ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة.[381]

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

اذا تضمنت بنود عقود الاشغال وكراسات الشروط الملحقة تعريفا للقوة القاهرة وحالات تطبيقها، ففي هذه الحالة يتعين تطبيق النصوص الناتجة عن اتفاق الطرفين.[382]

واذا لم يوجد مثل هذه النصوص فإن الفقه والقضاء تطلبان شروطاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهي:- [383]

أولاً : وجود حادث خارجي لا يد للمتعاقدين فيه.

يشترط في الفعل المكون للقوة القاهرة أن يكون أجنبياً ومستقلاً عن ارادة المتعاقدين ولم يكن أيهما متسببا في حدوثه. [384]

---

[377] هنداوي ، **دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري** ، مرجع سابق ، ص418.
[378] علي ، **اثار العقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 210 .
[379] فتوح ، **دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري** ، مرجع سابق ، ص 434 .
[380] الطماوي ، **الاسس العامة للعقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 771 .
[381] عطا الله ، د. محمد فكري ، **الرقابة على تنفيذ عقود الاشغال العامة** ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ،جامعة القاهرة ، 2010 ، ص 210 .
[382] الحسن ، د. عيسى عبد القادر ، **التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة** ، سنة 1997 ، ص 93 .
[383] أمين، الاسس العامة للالتزامات المتعاقد مع الادارة ، مرجع سابق ،ص213 .

يجب أن لا يساهم أي من المتعاقدين في حدوثه .[385] وكذلك يجب ان يتبع ذلك أنه لم يكن في استطاعته منع تحقيقه، فلا يعتبر هذا الفعل قوة قاهرة اذا ترتب على خطأ المتعاقد ـ الأمر الذي يجعل تأخر المتعاقد في التزاماته أو عدم مراعاة الاوامر المصلحية او اهماله في اتخاذ الاحتياطات الضرورية من قبيل القوة القاهرة .[386] اذا ساهم احد المتعاقدين في حدوث الفعل الذي تسبب في القوة القاهرة كالإضراب مثلا ، فعندها لا تكون قوة قاهرة.[387]

ثانياً: عدم امكانية توقعه عند ابرام العقد

يجب ان يكون الحادث خارج دائرة التوقع فيجب حتى يعتد بالحادث ويعتبر قوة قاهرة يجب ان لا يكون بوسع المتعاقد توقعه وقت ابرام العقد، اما اذا كان العقد متوقعا فعندها لا توجد قوة قاهرة كما لو كان يقع في مواعيد دورية أو متباعدة مثل الفيضانات والامطار فلا تعتبر قوة قاهرة.[388]

والمقصود بعدم التوقع لا يعني عدم التوقع المطلق، وإنما يكفي عدم التوقع النسبي،[389] ويرجع تقدير عدم التوقع الى وقت ابرام العقد، فالحادث يكون غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقد أن يدركه أو يتوقعه عند ابرام العقد، ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي أي مجرد لا شخصي، فلا يعتبر الأمر غير متوقع بأن لا يكون المتعاقد توقعه بل يجب أن لا يتوقعه أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور وليس الرجل العادي. [390]

ثالثاً : عدم امكانية دفعه .

يجب أن يكون الحادث مستحيل الدفع فلا يكون في مقدور المتعاقد تجنب وقوع الفعل مما يجعل الالتزامات المترتبة على العقد مستحيلة . أما الصعوبات المادية التي ممكن أن يواجها المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد فلا تعتبر من قبيل القوة القاهرة ، اذا كانت لا تجعل التنفيذ مستحيلاً.[391]

كما أن حدوث حادث معين إن لم يجعل العقد مستحيل التنفيذ لا يعتبر بهذا قوة قاهرة ، وهذا الشرط ما يميز نظرية القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الامير والصعوبات المادية غير المتوقعة التي تجعل الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً تقدير استحالة التنفيذ

---

[384] جبير، د. مطيع علي حمود ، العقد الاداري بين التشريع والقضاء في اليمن ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2002 ،ص 584 .

[385] عطا الله ، **الرقابة على تنفيذ عقود الأشغال العامة** ، مرجع سابق ،ص 212 .

[386] الجمل ، **النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال** العامة ، مرجع سابق ،ص443 .

[387] امين ،**المبادىء العامة في تنفيذ العقد الاداري**، مرجع سابق ،ص 137 . .

[388] الطبطباني ، **مدى انقضاء العقود الادارية بالقوة القاهرة** ، مرجع سابق ،ص22 .

[389] المولى ، **الظروف التي تطرأ اثناء تنفيذ العقد الاداري** ،مرجع سابق ، ص 440 .

[390] حكم المحكمة الادارية الطلب الصادر بتاريخ 1969/12/12 ، مجموعة المبادء القانونية التي أقرتها المحكمة ، مبدأ قم 109 ، ص 196 .

[391] المولى ، **الظروف التي تطرأ اثناء تنفيذ العقد الاداري** ، مرجع سابق ، ص 445 .

هو معيار شخصي في نطاق العقود الادارية يتحدد وفقاً لإمكانيات المتعاقد فهو يختلف من متعاقد لآخر [392]

وقد تكون استحالة التنفيذ مؤقتة وليس نهائية كحالة الحرب مثلا ، ففي هذه يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته خلال فترة وجود الحدث ، فيكون تنفيذ الالتزام موقوفاً لحين زوال القوة القاهرة . [393]

الفرع الثالث : الآثار القانونية المترتبة على تطبيق شروط نظرية القوة القاهرة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة في الفعل الذي اعترض تنفيذ العقد عد قوة قاهرة ومبررا لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية وانهاء العلاقة التعاقدية بينه وبين الادارة المتعاقدة لاستحالة التنفيذ . وتبعاً لذلك فان القوة القاهرة تعد سببا لإعفاء المتعاقد من المسؤولية فلا يتعرض للجزاءات المقررة لتنفيذ العقد أو التأخير فيه .

ويكون من حقه طلب فسخ العقد اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة ، قد يترتب في بعض الاحيان على القوة القاهرة أحقية المتعاقد في الحصول على تعويض من الادارة .

أولاً: إعفاء المتعاقد من الالتزامات التعاقدية .

تعد القوة القاهرة مبرراً لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية نتيجة سبب أجنبي لا يد في حدوثه ، [394]حيث يترتب عليها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية ، واذا كانت من شان القوة القاهرة زيادة المدة المحددة للتنفيذ فمن شأن القوة القاهرة كذلك اعفاء المقاول وحمايته من توقيع الجزاءات العقدية التي تفرضها الادارة لعدم التنفيذ او التأخر .[395]

و الاعفاء الذي ترتبه القوة القاهرة يقتصر عادةً على الالتزام الذي أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب القوة القاهرة . فقد تكون استحالة التنفيذ في التزامات دون الاخرى ، و الالتزامات التي يستطيع المقاول الوفاء بها ولو كان التنفيذ مرهقاً له فيجب عليه القيام بها ، أي أن أثر القوة القاهرة يقتصر فقط على الالتزامات التي يستحيل تنفيذها.[396] بسبب القوة القاهرة فقط ، واذا كان الوقت الذي استغرقته حالة القوة القاهرة مؤقته فإن الاثر المترتب عليها وهو وقت تنفيذ الالتزام مؤقتاً ينتهي

---

[392]الجمل ، **النظام القانوني للجزاءات في عقد الاشغال العامة** ،مرجع سابق، ص 454 .
[393] د. عادل الطبطباني، **مدى انقضاء العقود الادارية بالقوة القاهرة** ، مرجع سابق ، ص 29 .
[394]جبير ، **العقد الاداري بين التشريع والقضاء في اليمن** ، مرجع سابق ، ص549 .
[395]عطا الله ، **الرقابة على تنفيذ عقود الاشغال العامة** ، مرجع سابق ، ص 217 .
[396]هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري** ، مرجع سابق،ص441 .

بزوال الحادث المسبب للقوة القاهرة.[397] ويعود الالتزام الموقوف واجب التنفيذ وعلى المتعاقد استئناف تنفيذ العقد بمجرد انهاء هذه الحالة .

وكذلك يجب الاشارة الا أن الاثار القانونية للقوة القاهرة في الاعفاء من الالتزامات العقدية لا يقتصر فقط على التزامات المتعاقد فقط وانما تشمل اعفاء الادارة كذلك من التزاماتها تجاه المتعاقد بسبب القوة القاهرة ، لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بان النصوص التعاقدية التي بموجبها تضمن الادارة للملتزم الاضرار الناتجة عن الحرب لم تعد موضوعاً لاستمرار استغلال مرفق الكهرباء وتأمين خدماته لان هذا الاستغلال لم يعد ممكناً من الناحية الفعلية بشكل نهائي . [398]

ثانياً : حق المتعاقد في فسخ العقد

اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة بسبب القوة القاهرة فان فسخ العقد في هذه الحالة يعد مشروعا ،[399] كذلك ممكن ان تؤدي القوة القاهرة الى انقسام العقد بقوة القانون في حالة هلاك موضوع العقد،[400] الا انه يجب للمتعاقد اللجوء الى القضاء للحصول على حكم قضائي بانفساخ العقد بسبب القوة القاهرة ، فلا يحق للأفراد الحكم بتوافر القوة القاهرة من عدمها.[401]

وهذا ما اوضحه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 5 نوفمبر 1982 بشأن عقد التوريد المبرم بين جهة الادارة وشركة " بروتيبرول " في 16 مايو1972 حيث قامت الشركة بالتوقف عن التنفيذ وعدم توريد المواد البترولية لجهة الادارة بحجة ارتفاع الزائد في أسعار المواد البترولية وهو ما يمثل قوة قاهرة تمنعها من مواصلة التنفيذ، وفي 5 أكتوبر 1973 اعلنت جهة الادارة فسخ العقد والتنفيذ على حساب الشركة . وطالبت الشركة بالتعويض من جراء الامتناع عن التوريد ، وقد قضت المحكمة بالتعويض لجهة الادارة واعتبرت أن ارتفاع الاسعار غير مبرر لوقف تنفيذ الالتزامات العقدية . وان ما قامت به الشركة من وقف الى التنفيذ يعتبر خطأ عقديا يسمح لجهة الادارة التعويض عنه.[402] وقد تشترط بعض العقود وكراسات الشروط وجوب اتباع اجراءات شكلية معينة ، في حالة فسخ العقد بقوة القوة القاهرة ، وذلك حتى يمكن للمتعاقد

---

[397] علي ، **اثار العقود الادارية** ،مرجع سابق ، ص 214 .
[398] الطبطباني ، **مدى انقضاء العقود الادارية بالقوة القاهرة**، مرجع سابق، ص 50 .
[399] أمين ، **المبادئ العامة في تنفيذ العقد الاداري** ، مرجع سابق ، ص 140 .
[400] الحبشي ، **التوازن المالي في عقد الانشاءات الدولية** ، مرجع سابق ، ص 271
[401] أمين ، **المبادئ العامة في تنفيذ العقد الاداري** ، مرجع سابق ، ص 140 .
[402] نقلا عن هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري** ، مرجع سابق ، ، ص442 . نقلا عن C.E.5novembre 1982. Societe. propepetrol. Cite.par;Catherine. logeat,Christine paillord,op,cit, p, 122 et .

الحصول على تعويض نتيجة لفسخ العقد . وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي ضرورة اتباع هذه الاجراءات والقواعد لفسخ العقد حتى يمكن للمتعاقد الحصول على التعويض . [403]

ثالثاً : حق المتعاقد في الحصول على التعويض .

يمكن للمتعاقد الحصول على تعويض عن خسارته من الادارة الناتجة عن القوة القاهرة ، فبعض الشروط في العقود الادارية تحتفظ للمتعاقد بحق الحصول على التعويض عن حالة القوة القاهرة . وقد ينص على التعويض في العقد او في كراسة الشروط ،[404] مثال ذلك ما ورد في كراسة الشروط المطبقة على عقود الاشغال العامة في فرنسا من امكانية تعويض المقاول المتضرر من جراء القوة القاهرة ، ويتشدد القضاء في تطبيق هذه القواعد الشكلية الى حد انه يرفض التعويض اذا لم يتقدم بها المتعاقد خلال المدة المحددة وبالشكل القانوني المقرر . [405]

ويشمل التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد التعويض عن الاضرار المادية، وكذلك التعويض عن الخسائر الناتجة عن اضطراب العمل بالمؤسسة، وكذلك الخسارة الناتجة عن ايام التأخير، ولا يشمل التعويض عما فات من ربح .[406]

وقد يحصل المتعاقد على تعويض عن القوة القاهرة في حالة الاتفاق بين المتعاقد والادارة في حالة حدوث القوة القاهرة، ولا سيما في حالة الاتفاق على فسخ العقد . ففي هذه الحالة يتم اعمال الاتفاق والنصوص التعاقدية بشأن التعويض عن القوة القاهرة .

الفرع الرابع : دور القوة القاهرة في حفظ التوازن المالي للعقد وتطبيقاتها في عقد الأشغال الدولي الفيدك

طبق القضاء المصري والفرنسي القوة القاهرة على العقود الادارية وقد تطلب توافر العناصر المكونة للقوة القاهرة وهي الشروط التي تمت دراستها سابقا ، ونظرا لما تتميز به القوة القاهرة في العقود الادارية من طبيعة مختلفة عن العقود المدنية ، فكان لهذه الطبيعة أثرها في تطبيق القوة القاهرة . حيث أن العقود المدنية تنقضي بقوة القانون في حالة القوة القاهرة ، أما في العقود الادارية فالأمر يستلزم صدور حكم قضائي من قاضي العقد بفسخ العقد للقوة القاهرة . فهو المنوط به تقدير ما اذا كان الحادث أو الفعل من قبيل القوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ العقد ام لا ، حرصا على امكانية استمر تنفيذ العقد الاداري وضمان سير المرفق العام .

أولاً : كيف يمكن للنظرية أن تعيد التوازن المالي للعقد .

---

[403] الطبطباني ، **مدى انقضاء العقود الادارية بالقوة القاهرة** ، مرجع سابق ، ص 55 .

[404] الجبشي ، **التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية** ، مرجع سابق ، ص 273 .

[405] المولى ، **الظروف التي تطرأ اثناء تنفيذ العقد الاداري** ، مرجع سابق ، ص462.

[406] الطبطباني ، **مدى انقضاء العقود الادارية بالقوة القاهرة** ، مرجع سابق ، ص 52 .

ونظرا لان القضاء الاداري قضاء متطور فقد وضع مفهوم جديد للقوة القاهرة والتي ترتب في وجود ظرف طارئ لكنه مستمر، ويصبح التنفيذ بوجود هذا الظرف مستحيلا وليس مرهقاً فقط كما في نظرية الظروف الطارئة ، وحيث أن الالتزام اصبح مستحيلا فمن حق أحد الاطراف اللجوء الى قاضي العقد بطلب لفسح العقد ، وتمتاز القوة في العقود الادارية بأن المتعاقد لا يعفى من التزاماته، وانما تسمح له بطلب فسخ العقد ، أو الاتفاق على عقد جديد بشروط جديدة . توافق وجود هذا الطرف الطارئ المستمر .[407]

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي مفهوم القوة القاهرة الادارية في أحد أحكامه والتي تعتبر حديثا نسبياً :" في حكمه الصادر في 14 يونيه 2000 في القضية التي تتلخص وقائعها في تعاقد اقليم "Staffel Feldon" مع احدى شركات تحلية المياه وتوصيلها للمنازل بأسعار محددة، وأثناء تنفيذ العقد زادت نسبة التلوث بالمياه مما دفع الشركة لاستخدام فلاتر وآلات متخصصة لرفع التلوث مما زادت النفقات التي تتحملها الشركة، وعندما طالبت الشركة بزيادة أسعار تعرفة المياه الموردة للمنازل رفضت البلدية ذلك بحجة أن أسعار المياه تم تحديدها وتعهدت بها البلدية في آخر انتخابات أجريت بالإقليم بعدم زيادتها ، مما دفع الشركة المتعاقدة باللجوء الى المحكمة للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عما لحقها من اضرار استنادا للقوة القاهرة . وقضت المحكمة بأن الظروف غير المتوقعة والتي تتمثل في التلوث العرضي لأحد مصادر المياه بالقدر الذي حال دون استخدامها لمدة عشرين عاما تعتبر حادثا غير متوقع يترتب عليه إخلال فادح في العقد وبخاصة في الشروط الاقتصادية ، بحيث يصل المتعاقد إلى حالة من عدم قدرته على دفع نفقات تغطية الالتزامات المطلوبة منه ، فان هذه الحالة تمثل نوعاً من القوة القاهرة ، فمع وجود الظروف غير المتوقعة التي لا يمكن ردها والتي أخلت بالجوانب المالية للعقد وامتناع جهة الادارة عن معالجة الخلل المالي فان الامر بالنسبة للمتعاقد يمثل قوة قاهرة ادارية يسمح للمتعاقد باللجوء للقاضي للمطالبة بفسخ العقد لعدم قدرته على الاستمرار في ظل الظرف الطارئ والخلل الفادح في شروط العقد . "[408]

والقوة القاهرة الادارية هي عذر يحول دون قيام المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية لاسباب خارجة عن ارادته، وعن قدراته الفنية والمالية، ولوجود استحالة نسبية ترجع لجهة الادارة في رفضها تقديم المساعدة . وتختلف عن القوة القاهرة العادية كون تلك الاخيرة تجد مجالا لتطبيقها في كافة

---

[407] المولى ، **الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد** ، مرجع سابق ، ص 469 .

[408] نقلا عن هنداوي ، **دور القاضي الاداري في اعادة التوازن المالي العقود الادارية** ، مرجع سابق ، ص 446 _ 447 وبدوره نقلا عن CE.14Juin 2000 ,Commune de Stffel Feldon ,Cite par ;Catherine Logeat, christine Paillord, Droit administratif general,op.cit.,p.84 .

العقود أما القوة القاهرة الادارية فيكون تطبيقها في مجال العقود طويلة الامد نسبيا مثل عقود الامتياز.[409]

وبذلك تكون فكرة القوة القاهرة الادارية ذات أهمية كبيرة في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري نظرا لمساهمتها في حسن تسيير المرفق العام .لإمكانية فسخ العقد نظرا للأهمية الاقتصادية ، وما يترتب على العقد من خسارة لكلا الطرفين ، فإن كان بإمكان المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته بمساعدة الادارة حتى ولو فترة طويلة ذلك يحقق فائدة هامة خاصة في العقود ذات الاهمية الاقتصادية الكبرى والتي تحتاج فيها الادارة لمعاونة كبرى الشركات والتي يكون لها الحق في طلب فسخ العقد اذا اختل توازنه بشكل نهائي، ويقوم القاضي بدوره بدعوة طرفي العقد وللاتفاق على محاولة اعادة تنظيم أركان المرفق بصورة تتفق والاحتياجات الجديدة للمنتفعين ، وهذا الامر قد يستلزم ابرام عقد جديد لمواجهة الظرف الطارئ المستمر و يتوائم معه، ويعتبر هذا الحل الامثل لمواجه تلك الظروف .[410]

ثانياً : تطبيقات نظرية القوة القاهرة في عقد الأشغال الدولي

نصت المادة 34 من قانون العطاءات رقم 69 لعام 1999 على ما يلي :" لا يتحمل المتعاقد الاضرار المترتبة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة ، في كل الاحوال عند وجود قوة قاهرة على المتعاقد تقديم اشعار خطي وفوري الى الجهة المتعاقدة بالظروف والاسباب التي تمنع تنفيذ العقد أو التأخير في الوفاء به وتقديم كل ما يثبت ذلك ، تكون القوة القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها ، وتكون القوة القاهرة الدائمة من مبررات عدم الوفاء . "وبالرجوع الى بنود عقد المقاولة الموحد الفلسطيني نجد أنه نظم القوة القاهرة من خلال البنود 1.19 وحتى البند 7.19 . والتي بينت القوة القاهرة واحكامها ومتى نكون امام قوة قاهرة وفق ما تم الاشارة اليه سابقاً .

---

[409] المولى ، **الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد** ، مرجع سابق ، ص 474 .

[410] Christophe LAJOYE,Droit des Marches publics, op. cit , p. 182et 183 .

المبحث الثاني

دور التحكيم و الوسائل البديلة الأخرى في فض المنازعات في اعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية

تثير طبيعة الأشغال الدولية وطريقة تنفيذها العديد من المشكلات التي ممكن أن تواجه اطراف العقد أثناء تنفيذه، وهذه المشكلات عادة ما تكون معقد الأمر الذي يستدعي أن يتم حل هذه المشكلات بطريقة فنية من قبل أصحاب خبرة في هذا المجال ، لذا اضحت الوسائل البديلة من اهم الوسائل لحل المشكلات في هذا العقد، وكونها تهدف الى حل هذه المشكلات بطريقة سريعة ومهنية ، كما أنها تراعي التوزيع العادل للمخاطر في المشروع، وكذلك امكانية حسم المنازعة، ويختلف الحل بالوسيلة التي تختارها الاطراف من أجل التوصل لحل يرضي الاطراف ويعيد التوازن المالي للعقد ، ويعتمد اختيار الوسيلة لحل المنازعة في عقود الأشغال الدولية الى اقتناع طرفي المنازعة بإعمال هذه الوسيلة ، وسرعة الاجراءات ، وقد نص عقد الفيدك على وسائل لحل النزاعات منها اللجوء الى المهندس الاستشاري ، وكذلك مجلس فض المنازعات ، كما هناك ايضا التسوية والتوفيق ، وهذه الوسائل تعتبر من الوسائل غير التقليدية مثل التحكيم والقضاء لحل المنازعات ، وتلعب هذه الوسائل دورا كبيرا في اعادة التوازن المالي لعقد الاشغال الدولي، وعليه سوف نبحث في هذه الوسائل وفق الآتي   :

المطلب الاول : دور التحكيم في اعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية .

المطلب الثاني : دور المهندس الاستشاري في اعادة التوازن المالي لعقود الأشغال الدولية .

المطلب الثالث : دور مجلس فض المنازعات في اعادة التوازن المالي للعقود الأشغال الدولية .

المطلب الرابع : دور التسوية والتوفيق في اعادة التوازن المالي للعقود الأشغال الدولية .

المطلب الأول: دور التحكيم في إعادة التوازن المالي لعقد الاشغال الدولي

مقدمة

يعد التحكيم طريقة اختيارية و وسيلة سريعة لفض المنازعات، وأجمع على أهميته ودوره في إنهاء النزاعات في مجال القانون العام والقانون الخاص، لهذا وجدنا في وقتنا الحاضر العديد من النظم القانونية قد أقرته في تشريعاتها. ونظراً لما اشتمل عليه من خصائص ومميزات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الدولية ومنها عقد الاشغال الدولي ، و كذلك نجاحه كنظام قانوني لحل المنازعات بين أطراف التعاقد والتي يكون احد أطرافها الادارة.

ومن المعلوم أن الإدارة في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بممارسة سلطات وامتيازات تتمثل في الرقابة على التنفيذ، وتعديل العقد بإرادتها المنفردة، وإيقاع الجزاءات ، وإنهاء العقد، وأثناء ذلك فإنه لمن المتوقع أن تتجاوز الإدارة حدود سلطتها، و المتعاقد يُقبل على التعاقد مع الإدارة ويلتزم قبلها للحصول على المنافع والحقوق كأثر لإبرام العقد، وما دامت الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات تمكنها من تعديل أو إنهاء العقد، أضف الى ذلك قد تطرأ حوادث خارجية ومستقلة عن إرادة أطراف العقد ولم يكن في الحسبان توقعها عند إبرام العقد، فإن من حق المتعاقد معها أن يطالب بتعديل الحقوق المقررة له بمقتضى العقد على نحو يمكنه من الاستمرار بتنفيذ التزاماته، ويحقق التوازن بين الالتزامات والحقوق، مما ينشأ عنه نزاع بين طرفي العقد، يؤدي بهما إلى اللجوء إلى اختيار طريق التحكيم لفض تلك المنازعات.

ونظراً لما للتحكيم من خصوصية في مجال منازعات القانون العام، تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً في هذه المنازعات، فقد أضفي بعداً آخر على طبيعة الخلافات التي قد تواجه المحكمين وهم بصدد معالجتها والبحث لها عن الحلول، بحيث يؤدي إلى زيادة في الأعباء الموكلة إليهم، مما يتطلب منهم بذل موفور العناية والبحث للوصول إلى حلول مثلى عادلة.

وإننا في هذا المبحث سوف نعمل على إبراز دور المحكم في تحقيق التوازن المالي لعقد الاشغال الدولي ، باعتباره من الأركان الأساسية في العقد، وقد تطلب ذلك البحث أولاً في الأساس القانوني لسلطة المحكم أثناء القيام بمهمته، للوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، باعتباره المبدأ الأساسي لفكرة الحقوق المالية الناشئة عن الالتزامات المتقابلة بين أطراف العقد.

وبعد دراسة الأساس القانوني لسلطة المحكم، ولتلافي العجز الذي يصيب العقد ويؤدي إلى الاختلال بالالتزامات الناشئة عنه، كان لزاماً علينا أن نبحث في نطاق سلطة المحكم؛ وذلك لبيان الصلاحيات التي يملك المحكم ممارستها أثناء إتباع إجراءات التحكيم. وسوف نقوم بدراستها وفق الاتي :

الفرع الأول: ماهية التحكيم وأهميته في مجال منازعات عقود الاشغال الدولية .

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي في مجال العقد الدولي للأشغال .

الفرع الثالث: نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي لعقد الاشغال الدولي .

الفرع الأول : ماهية التحكيم وأهميته في مجال منازعات عقود الاشغال الدولية

حظي التحكيم باهتمام كبير، كل ذلك انطلاقاً من كونه نظام اختياري لفض المنازعات حيث أن ممكن ان نلجأ الى خبير من اجل الحكم والفصل في ذات موضوع النزاع ، وكون التحكيم طريقة تمتاز بسرعة الفصل في المنازعات وهي تعد وسيلة اسرع من القضاء العادي الذي يكون لديه كمية كبيرة من القضايا المنظورة امامه الامر الذي يؤجل الفصل في المنازعة، كما انه وبعد ازدياد وتعقد العلاقات التجارية والدولية وتعددها، وانتشار العقود المحلية منها والدولية سواء عقود أشغال او عقود استثمار او تجارة دولية ، ظهر الدور الكبير للتحكيم وبدأ بأخذ مكانة قوية في مجال فض المنازعات، خصوصاً في المجال الدولي، حتى غدا ضمانة للمتعاقد الأجنبي بعدم الخضوع لقضاء معين ، أو قانون معين ، كما شكل ضمانة أساسية للأفراد داخل الدولة للتخلص من بطء التقاضي وسرعة البت في الدعاوى.(411) وما يزال التحكيم يحتل الدور الأول في نظر المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد، وصولاً بها إلى أنجح الحلول وأسرعها لإحقاق التوازن المالي للعقد عند اختلاله، وهذا ما سوف نبينه من خلال الآتي من المطالب:

أولاً: مفهوم التحكيم وأهميته في تحقيق التوازن المالي لعقد الأشغال الدولي .

ثانياً: أنواع التحكيم.

ثالثاً: أطراف التحكيم.

رابعاً: شروط اتفاق التحكيم وأثره في مجال منازعات عقود الأشغال الدولية .

أولاً: مفهوم التحكيم وأهميته في تحقيق التوازن المالي للعقد الدولي للأشغال

حتى نتمكن من الوصول الى هدفنا من خلال دراسة هذا الجزء من هذه الدراسة فإننا يجب علينا أن نتطرق الى مفهوم التحكيم وأهمية التحكيم اضافة الى طبيعته ، وسوف نعرض لذلك من خلال الآتي:

أولاً :مفهوم التحكيم.

يعرف التحكيم بأنه: نظام قانوني خاص للتقاضي وهو وسيلة اختيارية للتقاضي بموجبها يستغني الاطراف عن قضاء الدولة، ، فيتفق الأطراف على عرض منازعاتهم على شخص أو أشخاص يختارونه أو يحددون وسيلة اختيارهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة.[412]

---

[411] د. إبراهيم ، أحمد ، **التحكيم الدولي الخاص** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 48

[412] د. أحمد عبد الكريم ، **قانون التحكيم التجاري الدول والداخلي** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ص5.

وقد تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم، فقد عرف التحكيم بأنه: اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية.(413)وفي تعريف آخر: هو نظام قانوني لفض المنازعات يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإدارة، فبمقتضاه يتم إخراج النزاع من اختصاص جهات قضائية صاحبة الولاية، وطرحه على أشخاص عاديين ليست لهم ولاية القضاء ولا يتبعون أية سلطة من سلطات الدولة، فيصدرون حكماً ينهي النزاع ويتمتع بحجية الشيء المقضي به مثله في ذلك مثل الحكم الذي الذي تصدره محاكم السلطة القضائية في الدولة .[414]

أما التحكيم في العقود الإدارية، فقد عرف بأنه التحكيم الذي يجري بشأن الخلافات التي تتعلق بالعقود الإدارية التي تبرم بين الدولة ممثلة بأحد أشخاصها الإداريين وبين أشخاص القانون الخاص طبيعيين أم اعتبارين بهدف تنظيم التزام لصالح المنفعة العامة فموضوع الإلزام في التحكيم الإداري يتصل بالمنفعة العامة[415].

مما سبق يمكن أن نستنتج بأن تحكيم نظام قانوني قضائي خاص ، يوازي قضاء الدولة الرسمي في حل النزاعات، نظراً لما يمتاز به من وضوح ودقة وسرعة الفصل في المنازعات.

ثانياً: أهمية التحكيم في عقود الاشغال الدولية.

يعد التحكيم وسيلة قانونية مثلى لفض المنازعات، وذلك لما له من فائدة لا تخفى في سرعة الفصل في النزاعات التجارية والمدنية والإدارية على الصعيدين الوطني والدولي، كما أن المتعاقدين الدوليين على وجه الخصوص يطمئنون إليه أكثر من الاحتكام للأنظمة القضائية المحلية، وبالتالي فإن له تأثيراً مباشراً ف تشجيع الاستثمار الأجنبي ، وهناك عدة اعتبارات للجوء الى التحكيم وعدم اللجوء الى القضاء العادي في عقود الأشغال الدولية وهذه الاعتبارات وفق الآتي :

1_ رغبة المتعاقدين في حل المنازعات الناشئة عن علاقاتهم التعاقدية، بشكل مهني بحيث يكون الحل صادرا من جهة أو شخص متخصص من صاحب معرفة مهنية وفنية ، الأمر الذي يتميز بمهنية وخصوصية ، حيث ان المحكم أو مؤسسة التحكيم من أصحاب الاختصاص والمعرفة

---

(413) د. أحمد عبد الكريم ، **قانون التحكيم التجاري الدول والداخلي** ، المرجع السابق ، ص 9 .

(414) د. د. الصادق علي السيد، **التدابير التحفظية والمؤقتة**، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، 2010. ص1، وما يليها.

(415) د. بشار عبد الهادي ، **التحكيم في منازعات العقود الادارية** ، دار وائل للنشر ، عمان ، الطبعة الاولى ،2005 ص20 .

المهنية الامر الذي يجعلهم أقدرعلى تحديد العقبات والمشكلات التي ممكن أن تتواجه هذه العلاقات ؛ ومثالاً على ذلك المقاولين، الذين اكتسبوا خبرتهم من ممارستهم لهذا العمل وهذا النشاط ، ومن ثم مكنتهم من العلم ببواطن أمورها والقدرة على الفصل المهني العادل في منازعاتها[416].

2_ السرية التي يفضلها اطراف التعاقد في حل منازعاتهم الناشئة عن علاقتهم التعاقدية ، حيث أن الجلسات وإجراءاتها وأشخاصها والحكم الصادر بشأنها يكون بسرية تامة، هذا الامر لا يتوافر لهم في ظل إجراءات قضائية تتم أمام القضاء العادي علنية [417]، حفاظاً على استمرار التعاون بينهم وبين إدارات الدولة من جهة وبين باقي الأشخاص الذين يشاركونهم نفس النشاط من جهة أخرى.

3- السرعة في حل المنازعات، حيث أن هذه السرعة لا تتوافر لهم في امام القضاء العادي التي تتكدس أمامه أعداد كبيرة من القضايا التي تحتاج إلى سنوات لإنجازها وإصدار الأحكام بشأنها، الأمر الذي يترتب عليه تعطيل مصالح أطراف التعاقد، وخصوصاً الإدارة التي تسعى إلى تحقيق النفع العام من خلال أنشطتها[418].

4- إزدياد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في ممارسة الأنشطة الاقتصادية خروجاً عن الدور التقليدي لها والاتجاه نحو ممارسة كافة الأنشطة على غرار أشخاص القانون الخاص، ومع ازدياد هذا التدخل من الدولة في شتى المجالات، وحرصاً منها على عدم الوقوف أمام القضاء الوطني في دولة أخرى بصدد حل المنازعات التي تنشأ حتماً عن هذه العلاقات نظراً لاعتبارات سياسية وسيادية، فقد وجدت الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في التحكيم الإداري ملجأ لها لحل المنازعات الإدارية الناشئة عن التعاقد، إذ المحكم لا يصدر أحكاماً باسم الدولة التي ينعقد على إقليمها التحكيم، مهمته تنصب على الفصل في النزاع بناءً على السلطة المعهودة إليه بواسطة أطراف الاتفاق التحكيمي[419].

---

[416] د. جابر جاد جابر ، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 _ ص40

[417] د. جابر جاد جابر ، التحكيم في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 _ ص45 .

[418] اسيل الفضالة ، التحكيم القضائي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، سنة 2000 ، ص 6.

[419] M.Domke, The Enforcement of Maritime Arbitration Agreements with foreign, Government, J.Mar. L. and. Com, Vol2. April, 1971, p 617

5- إتجاه إرادة أطراف التعاقد إلى تنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر فاصلة في موضوع النزاع بسهولة ويسر، لا يتوافران بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية العادية نظراً للاهتمام الكبير بالتحكيم، حيث أبرمت المعاهدات والاتفاقات الإقليمية والدولية الخاصة بالتحكيم التي تلزم الدول والأطراف باحترام اتفاقيات التحكيم، والاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة عنها وتنفيذها(420).

إضافة الى الاعتبارات السابقة المذكورة نضيف الا أن اهمية التحكيم في عقود الاشغال الدولية جعل من الدولة طرفا وأهلية في التحكيم الأمر الذي لم يكن مقبولا سابقا لما كان في ذلك مساسا لسيادتها . (421)

ومع إزدهار مجالات التحكيم واتساع آفاقه في مجال القانون الإداري؛ لارتباطه بنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية والدولية بين الأفراد والدولة، ونتيجة لتطور سياسية الدول في تشجيع الاستثمار . وقد تضطر الدولة وأشخاص القانون العام إلى إبرام عقود التجارة الدولية أو الإشراف على عقود التنمية الاقتصادية؛ مما يجعل من التحكيم الوسيلة المثلى الدائمة لتسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ هذه العقود التي تمثل الشركات الأجنبية طرفاً ثانياً فيها، وبالتالي يصعب خضوع الدول أو أشخاص القانون العام لقضاء دول أجنبية، وهذا خلاف ما يحدث في التحكيم حيث إنها تشارك فيه باختيار المحكمين واختيار القانون الواجب التطبيق(422).

رغم المزايا العديدة التي ذكرت للتحكيم والتي كانت سبباً لاختياره طريقاً لفض المنازعات الا أن التحكيم له مساوئ أهمها(423):

1- ارتفاع تكاليف التحكيم، حيث يتحمل الأطراف نفقات مرتفعة تفوق في غالب الأحوال نفقات التقاضي أمام المحاكم.

---

(420) J. D. M, Lew, Applicable law in international commercial Arbitration, 1978, p. 443

(421) لمزيد حول أهلية الدولية في اللجوء الى التحكيم ي عقود الفيدك يمكن انظر الى ، أبوعرقوب ،أماني ، التحكيم كسيلة لتسوية النزاعات في عقود الانشاءات الدولية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، 2013، ص 52 _55

(422) د. محمد وليد منصور، **دستورية التحكيم**، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، البيرة، فلسطين، 2009، ص84.

(423) د. فتحي والي، دستورية التحكيم، **منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء**، البيرة، فلسطين، 2009، ص10. د. خالد العنزي، **التحكيم في العقود الإدارية في الكويت**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010،ص22.

2- يرى البعض بأن أحد مساوئ التحكيم طول أمد الإجراءات في التحكيم، وذلك راجع إلى عدم قيام أحد الطرفين بتعيين المحكم الذي له اختياره، أو عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد، أو عدم الاتفاق على رئيس الهيئة، أو بسبب التمسك ببطلان الاتفاق أو عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات. ، الا انني أخالف هذا الرأي بأن طول الاجراءات امام القضاء العادي تكون أكثر بكثير من التحكيم .

3- يرى البعض كذلك أن من مساوئ اللجوء الى التحكيم في النزاع أن شخص أو أشخاص المحكمين تنقصهم الخبرة أو الكفاءة، في حين أنه أمام قضاء الدولة يتولى الفصل في النزاع قاض مؤهل ومحترف أكثر قدرة على الفصل فيه. وأنني اخالف هذا الراي كون القاضي لعادي لا يمكن أن يلم بكافة المعلومات الفنية والمهنية والتقنية والمحكم يمكن أن يكون من ذات اختصاص المهنة الامر الذي يجعله على دراية بذلك .

4- التأثير السلبي للتحكيم على اقتصاديات الدول النامية، حيث أن اللجوء إلى التحكيم له آثاره السلبية على لاقتصاد الوطني للدول النامية، باعتباره آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي، يستخدمها لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف.

5- يؤدي التحكيم إلى حرمان الخصوم من الضمانات القضائية، نظراً لان المحكم غالباً ما يكون من رجال الأعمال أو المتخصصين في موضوعات معينة وخبرته القانونية تكون غير كافية في المجال القانوني ؛ بحيث لا تسعفه في بعض الحالات من الوصول إلى العدالة المطلوبة عن طريق القضاء ابتداءً، أضف الى ذلك فان القانون رسم طريقة للطعن لأحكام التحكيم للطرف الخاسر بدعوى فسخ قرار التحكيم الا ان اللجوء اليها يتطلب اسباب محددة في القانون أي مخالفات لقانون التحكيم دون التدخل في قناعات المحكم أي الامور الإجرائية فقط .

ثانيا : أنواع التحكيم

لا يتخذ التحكيم صورة واحدة وإنما يكون له صوراً متعددة فمن الممكن أن يكون تحكيما دوليا أو تحكيما داخلي وكذلك يمكن أن يكون اختيارياً أو إجبارياً ، قد يكون تحكيما بالقانون أو تحكيما بالصلح وقد يكون تحكيما مؤسسيا أو تحكي حر أو تحكيم نظامي وسوف نلقي الضوء عليها وفق الآتي :

أولاً : التحكيم التجاري الدولي و والتحكيم الاجنبي و التحكيم الداخلي .

ثانياً : التحكيم الاختياري والاجباري .

ثالثاً :التحكيم الحر والمؤسسي .

رابعاً: التحكيم بالقضاء أو التحكيم بالصلح .

1) التحكيم التجاري الدولي و الأجنبي والتحكيم الداخلي .

يمكن تعريف التحكيم بأنه تحكيم وطني إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها موضوع النزاع – هيئة الخصوم – هيئة المحكمين – القانون الواجب التطبيق – المكان الذي يجري فيه التحكيم .

أما التحكيم الدولي أو الأجنبي فهو التحكيم الذي تكون احد عناصره أجنبية لموضوع النزاع الذي قد يكون متعلقا بمعاملة تمت في دولة أجنبية ، أو هيئة الخصوم أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع[424].

أي أن التحكيم يكون دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية وذلك في الأحوال الآتية:_

1- إذا كانت المراكز الرئيسة لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

2- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة.

3- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى:

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار الى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف.

ت- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

---

(424) ناصر ناجي محمد جمعان – **شرط التحكيم فى العقود التجارية "دراسة مقارنة"** _ الطبعة 1 – المكتب الجامعي الحديث _ 2008 _ ص32.

والتحكيم الأجنبي :هو التحكيم الذي يجري في خارج فلسطين مهما كان موضوع التحكيم، وسواء كان أطرافه من فلسطين او خارجها .

ثانياً : التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري .

يكون التحكيم اختيارياً إذا لم يكن الالتجاء إليه أمراً مفروضا على الخصوم، أي إذا كان اللجوء إليه يتم بإرادة الأطراف الحرة[425]. وهذا هو الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً.

وان هذا النوع من التحكيم يرتكز على أساسين هما إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة[426]، وقد نظمته تشريعات التحكيم المختلفة .

ويكون التحكيم إجبارياً إذا نص المشرع على الالتزام بالالتجاء إليه كطريق لحل الخلاف[427]، فالمشرع يخضع الخصوم في اللجوء إليه لحل نزاعهم[428]. وقد تضمنت العديد من التشريعات التحكيم هذا النوع من التحكيم ومثال ذلك القانون اليمني من خلال قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة، والذي يلزم هذه الهيئات بطرح منازعتها على هيئة التحكيم الحكومي[429] وكذلك قانون العمل الذي يلزم الأطراف المتنازعة باللجوء إلى التحكيم [430].

ثالثا : التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

يعرف التحكيم الحر بأنه الصورة التقليدية للتحكيم وفيه يقوم أطراف التحكيم باختيار المحكم والإجراءات التي يرغبون في السير عليها[431] .أما التحكيم المؤسسي فهو الذي يكون عن طريق هيئات أو منظمات وطنية أو دولية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً تحددها الأنظمة الداخلية أو القرارات أو الاتفاقيات المنشئة لهذه الهيئات[432]. وقد اعترفت العديد من التشريعات في التحكيم بهذا النوع من التحكيم سواء بشكل مباشر أو غير مباشر.

رابعاً : التحكيم بالقضاء أو التحكيم بالصلح .

التحكيم بالقضاء هو التحكيم الذي يكون للمحكم فيه سلطة القضاء في المنازعة المعروضة عليه فيتقيد في حكمه بقواعد القانون الموضوعية ، ويجب تحديد النزاع فيه بشكل دقيق(433)،

---

[425] د.اشرف عبد العليم الرفاعي – **اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية** – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – ط1 -2003- ص13.

[426] د.احمد ابو الوفا – **التحكيم الاختياري والاجباري** – مرجع سابق – ص16.

[427] د.علي عوض حسن – **التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية و التجارية** – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – 2004 – ص20.

[428] ناصر ناجي محمد جمعان – مرجع سابق – ص31.

[429] المادة 106 و 107 من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمني رقم 35 لسنة 1991 والمعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1997.

[430] المواد 131 – 143 من قانون العمل اليميني رقم 5 لسنة 1995 والمعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1997.

[431] د.مصطفى عكاشة – مرجع سابق – ص 50

[432] د. ابو زيد رضوان – مرجع سابق – ص .21 و22 .

[433] ناصر جمعان – المرجع السابق – ص33.

ويعد أكثر أنواع التحكيم شيوعاً، و تقره معظم القوانين في الدول العربية، ولا يشترط ذكر أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم[434] .

أما التحكيم بالصلح فيكون للمحكم فيه سلطة اكبر، وذلك في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف بدلاً من قواعد القانون الموضوعي[435]، ويجب ان يكون المحكم محدد بموجب اتفاق التحكيم[436] .

---

[434] د.فارس محمد عمران – **قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية و دول اخرى** – المركز القومي للإصدارات القانونية – بدون ذكر مكان الإصدار _ الطبعة 11- 2010 – ص 218.

[435] ابراهيم احمد ابراهيم – المرجع السابق – ص 40 .

[436] د.فارس محمد عمران – مرجع سابق – ص 220.

الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي في مجال العقد الدولي للأشغال

كما ذكرنا سابقا فإن الإدارة المشتركة للمتعاقدين في عقود الأشغال الدولية تتجه إلى المحافظة على التوازن المالي للعقد منذ لحظة إبرام العقد حتى تمام تنفيذه، ولكن قد يطرأ تعديل على الالتزامات المالية تصيب التوازن المالي بالخلل، مما يؤدي إلى اختلال الالتزامات العقدية، ومن هنا يضطر أطراف العقد إلى احالة الامر الى هيئة التحكيم بحيث يتطلب من المحكم أو هيئة التحكيم المختارة لهذه الغاية التدخل لحل النزاعات للوصول إلى وضع مالي متوازن. وحيث أنه كان خلاف فقهي حول جواز التحكيم في العقود التي تكون الدولة أو أحد اجهزتها طرفا فيها الا أن المادة (16) من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص رقم (31) لعام 2014 حسمت هذا الخلاف حيث جاء فيها (القانون الواجب التطبيق على عقود الشراكة هو القانون الاردني ، ويجوز أن يتم الاتفاق على تسوية النزاعات المتعلقة بعقود مشاريع الشراكة بالوسائل البديلة لتسوية النزاعات وفقا لاتفاق الطرفين في عقد الشراكة ." ويبقى امامنا البحث في الأساس القانوني الذي يشكل منطلقاً للمحكم وهو بصدد القيام بمهمته الموكلة إليه، جاهداً الوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، كل ذلك نوضحه من خلال الفروع الآتية:

أولاً: صلاحية المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض.

ثانياً: صلاحية المحكم في ظل عدم النص على شرط إعادة التفاوض.

ثالثاً : صلاحية المحكم في ظل تغير شروط العقد.

رابعاً : صلاحية المحكم في ظل تصرفات الإدارة الانفرادية في العقد.

خامساً: صلاحية المحكم في ظل التغيرات التشريعية.

أولاً: صلاحية المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض .

نظراً لما تقضيه طبيعة عقود الأشغال الدولية وما تتمتع به من خصوصية في أطراف التعاقد، لوجود السلطة العامة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً في هذه العقود وما ينتج عنها من منازعات ، أضافة الى ذلك طول المدة الزمنية التي يستغرقها تنفيذ مثل هذه العقود ، وكون محل العقد يكون أحد المرافق العامة والذي يكون وثيق الصلة بالسياسية الاقتصادية للدولة، هذا كله منح الادارة المتعاقدة امتيازات وصلاحيات لم يمنحها للمتعاقد معها والتي يمكن أن تؤدي الى اختلال التوازن بين طرفي العقد. لذلك كان يجب على طرفي التحكيم تضمين عقودهم شرطاً يتيح لهم

إعادة النظر بشروط العقد من خلال ما يعرف بشرط إعادة التفاوض الذي يسمح بمقتضاه إعادة التوازن المالي للعقد بين الأطراف المتنازعة ، أو من خلال اتفاق التحكيم بعد نشوء النزاع.

واننا نرى أن وجود مثل هذا الشرط يعد ضمانة مهمة لطرفي العقد ، الدولة من جهة، حيث يعطيها الفرصة لحماية مصالحها وحماية المال العام وتدارك الأمور التي لم يتم تداركها سابقا في العقد ، وفي ذات المقام يقرر هذا الشرط حماية لمصالح المتعاقد مع الإدارة، حيث يعطيه فرصة إعادة النظر والبحث في الالتزامات العقدية ومعالجة أي اختلال للتوازن المالي فيها نتيجة أي ظروف أو متغيرات طرأت بعد انعقاد العقد .

و يذهب جانب من الفقه أن هذا الشرط يؤثر على استقرار العقد، كما يؤثر في تحديد الكلفة، كما قد يؤدي إلى الحكم بعدم صلاحية هيئة التحكيم في نظر النزاع عند عرضه عليها لعدم وجود محل له محدداً ومعيناً، وإن حكمت وأصدرت بذلك قراراً قد لا يجد له طريقاً للتنفيذ[437].

وفي اتجاه آخر يذهب الفقه الى ابعد من ذلك ، يتمثل في إعطاء هيئة التحكيم صلاحية أوسع من مجرد إصدار حكم بل صلاحية تصل إلى حد السماح لها بتعديل شروط العقد بما يحقق التوازن المالي له[438]، وأسندوا ذلك إلى الطبيعة المركبة للتحكيم، كونه نظام ذو طبيعة مزدوجة، تكون الارادة مصدره ، حيث يستمد المحكم سلطاته من اتفاق التحكيم ، والطبيعة القضائية ، فالمحكم يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القاضي ، ألا وهي الفصل في المنازعة المعروضة علية بإصدار حكم فيها[439].

نحن نرى خلال من الآراء المتقدمة أعلاه أن اطراف النزاع بتوقيعها على انفاق التحكيم فإنهما يتنازلان عن ارادتهما لصالح هيئة التحكيم ، واذا كان اتفاق التحكيم يعطي صلاحية للمحكمين بإنهاء التحكيم صلحا واتفاقا فإنه والحالة هذه يكون الحق لهيئة التحكيم أن توجد حل يرتضونه الاطراف ويعيد للعقد توازنه الاقتصادي،

---

(437) J.Y.GOTANDA.Renegotiation and Adaptation of Clauses in International Investment Contracts, Vanderbilt Journal of Transnational law, Vole.36,2003,p.1461.

(438) K.BERGER, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, The role of Contract Drafter and Arbitrators, 36 vandals. J-Transnational law 200,p.1347.

(439) د. حفيظة السيد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم**، دار الفكر الجامعي، بيروت، 1997، ص7.
_ د. محمد نور شحاتة، بحث بعنوان" **تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية**" بحث مقدم إلى مؤتمر كليات الحقوق في الجامعات العربية، المنعقدة بالقاهرة، سنة 2006، ص12.

وهذا الإجراء به مخاطرة للأطراف من حيث الإتيان بحل غير ملائم لتحقيق هذا التوازن المالي يخالف توقعات الأطراف، وهذا الامر ينتج في حال عدم المام هيئة التحكم بالمعرفة الكافية بأبعاد الاتفاق وأهدافه و معايير إعادة التوازن المالي وأدواته، بالإضافة إلى ذلك، عدم تزويد أطراف النزاع بالمعلومات والمستندات والبيانات المتعلقة بالعقد والضرورية لبناء قناعة حول عدالة الحل المنشود، وذلك من منطلق أن الالتزام بإجراء التفاوض في مرحلة التنفيذ الذي نشأ في ظلها النزاع يقوم على اعتبارات اقتصادية تؤدي إلى العدالة في تنفيذ العقد.

وحري بالقول أن مهمة المحكم في مجال إعادة التوازن المالي للعقد تتمثل في الفصل في تحقق شرط الإخلال بالتوازن المالي والبحث في الاسباب التي أدت الى هذا الاخلال ، والنتائج التي ترتبت عنها ، وهذا الأمر من الامور الفنية التي من الواجب التثبت منها والفصل فيها ، كذلك من مهمته بحث كل أمر من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد[440]، بحيث يزيل اختلال الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن للعقد مرة أخرى[441].

أننا لنرى أن شرط إعادة التفاوض للوصول إلى توازن مالي مرضٍ لأطرافه، وان كان ليس الحل المثالي لإعادة التوازن المالي للعقد لما يشوبه من اثار سلبية ممكن أن تؤثر على استقرار العقد ، حيث انها تؤثر بشكل مباشر على التكلفة الشاملة للصفقة والأكثر من ذلك، كما أن هيئة التحكيم نفسها تعتبر نفسها غير مختصة بنظر مثل هذا الشرط لعدم وجود منازعة محددة، وإن فصلت قد لا يلقى حكمها طريقاً للنفاذ[442].الا انه يعتبر ضمانة للأطراف لإعادة التوازن المالي للعقد .

ثانياً: صلاحية المحكم في ظل عدم النص على شرط إعادة التفاوض

ناقشنا في الفرع السابق صلاحية المحكم في حال وجود شرط اعادة التفاوض، الا اننا في هذا الفرع سوف نناقش هذا الموضوع في حال خلو العقد من شرط إعادة التفاوض الذي يمكن أطراف النزاع من مراجعة التزاماتهما التي تأثرت بتلك الاختلال، للعودة بها إلى الحال الذي ارتضوه عند إبرام العقد.

ومدى صلاحية المحكم في هذا الوضع و هل يملك المحكم أن يعيد النظر بموضوع العقد بحيث يعدل ما تم الاتفاق عليه؟ وحيث أن طبيعة النزاع في هذه المرحلة لا تقوم على اعتبارات قانونية؛

---

(440) د. رشا علي، بحث بعنوان" **سلطة المحكم في ظل الأزمة المالية الراهنة**" مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث، والمنعقد بجامعة المنصورة، 2009،ص74.

(441) حتاملة ، سليم سلامة ، دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، مجلد 39 ، عدد 33، 2015 ،ص 36

(442) د. عصام القصبي، بحث بعنوان" التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر، والمنعقد في دولة الامارات العربية المتحدة، السنة 2008، ص204.

انما على اعتبارات العدالة كون الامر يتعلق بتعديل الالتزامات المتبادلة لأطراف العقد ، وهذا بدوره يقودنا الى التساؤل التالي ،هل يتيح لنا هذا الوضع الناتج عن طبيعة عقود الاشغال وكونها عقود ادارية مراجعتها وإعادة التوازن المالي لها من خلال اللجوء إلى التحكيم وإعطاء هيئة التحكيم سلطة تعديل العقد، إذا وجدت أسباب تبرر ذلك؟

استناداً الى ما سبق فإنه لا ضير من اتفاق يجيز لأطرافه اعادة التفاوض للوصول إلى حلول مرضية تعيد للعقد توازنه المالي لضمان استمرارية تنفيذه، حتى لا يتم تعطيل المصلحة العامة ومقتضيات العدالة في التعامل. وقد حاول المشروع الأردني في قانون التحكيم من خلال نص المادة 36/د تحديداً أن يضع أساساً يمكن الارتكاز إليه في بيان ما إذا كان المحكم يملك سلطة إعادة النظر في بنود العقد وتعديله أم لا؟ وهذا ما حاول الإجابة عليه عند قوله: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". من ذلك النص نستنتج: أن أي سلطة للمحكم يجب أن تؤسس على الإدارة الصريحة لطرفي العقد، وأن يتأسس حكمها على قواعد العدالة والإنصاف بعد استبعاد أحكام القانون من مجال التطبيق. وهذا ما أخذه به المشرع الفلسطيني في المادة 36 من قانون التحكيم الفلسطيني ر قم 3 لسنة 2000 .

حيث أن نص المادة المذكورة من قانون التحكيم، أسست صلاحية المحكم بناء على إرادة الاطراف فإذا اتجهت إرادة الاطراف إلى تكليف المحكمان بإنهاء النزاع صلحا فإنه والحالة هذه يحق للمحكم أن يعدل في بنود العقد بقصد إعادة التوازن المالي إذا نشأت أسباب تبرر تعديله، ولو لم يتم الاتفاق ابتداءً على شرط إعادة التفاوض، وذلك استناداً إلى قواعد قانون التحكيم والقواعد العامة للعقود .

ثالثاً: صلاحية المحكم في حالة تغير الشروط التعاقدية

قد تطرأ على العقد اثناء تنفيذه، ظروف وحوادث خارجية ومستقلة عن الإرادة طرفي العقد، ولم يكن في الحسبان توقعها عند إبرامه ، مما يتسبب في قلب اقتصادياته ، وإن كانت هذه الحوادث أو الظروف لا تجعل التنفيذ مستحيلًا، ولكن يصبح مرهقًا وأكثر تكلفة على المتعاقد[443]، مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأن شروطه. ونظرًا لأهمية هذه الأحداث

---

(443) د. عبد المولى علي محمد، **الظروف التي تطرأ عند تنفيذ العقد الإداري**، منشورات مطبعة الطويجي، القاهرة، 1991، ص10.

وأثرها على تنفيذ العقد فقد جرى العمل على إضافة شرط لإعادة التفاوض في ظل تغير شروط العقد الناتج عن القوة القاهرة أو الظرف الطارئ أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو فعل الأمير، التي يغلب عليها الطابع الفني ومن ثم فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة تتوافر للقائمين عليها من المحكمين كالخبرة والدراية العملية الكافية[444].

ومن ناحية أخرى، بعيدًا عن الجانب الفني الذي تتسم فيه منازعات القوة القاهرة والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة وفعل الأمير ، فإن المهمة الرئيسية التي سيضطلع بها المحكمون لن تقف عند حد التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة أو الظرف الطارئ أو توافر الصعوبات المادية غير المتوقعة أو تلك الأفعال الصادرة عن الإدارة والتي يعبر عنها بفعل الأمير، بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها، بل يلجأ المحكم الى البحث في توافر أسباب الظروف على العقد الأصلي، وهنا يبرز دور التحكيم والذي يعمل على إعادة النظر في شروط العقد لتصبح أكثر توافقًا مع الظروف الجديدة[445] التي طرأت على العقد وشروطه بنفسه وبدون رضا أطراف العقد لإعادة التوازن المالي إليه، و يقتصر دوره بشأن التعديل[446]، في دعوة أطراف العقد للتفاوض لإجراء مثل هذا التعديل، محاولة منه إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذي يرتضيه طرفا النزاع. وحيث ان الادارة عندما تبرد عقداً فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، ولو أتيح للمحكم أن يعدل شروط العقد بإرادته رغمًا عن الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر. ولا تعدل إلا بموافقة الإدارة، والإدارة لن توافق على التعديل إلا عندما تتحقق المصلحة العامة من إجرائه[447].

فإن بعض الدول تحرص على تضمين العقد ما يعرف بشروط المراجعة أو إعادة التفاوض التي تقوم على ضرورة الأخذ في الاعتبار بالسمة المتغيرة لظروف التعاقد في الاتفاقات ذات الآجال الطويلة خصوصًا، فهذه الشروط يقصد بها مواجهة متغيرات المستقبل[448].

وعلى الرغم من أهمية تضمين تلك الشروط للعقد، إلا أن البعض يرى محدودية أثرها، إذ أنها تتضمن فقط ما يعطي طرفي النزاع إعادة مناقشة بنود العقد دون أن تستلزم بالضرورة الخروج

---

[444] د. عصام الدين القصبي، **بحث بعنوان" التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار**" مرجع سابق،ص207.

[445] د. عصام الدين القصبي، **بحث بعنوان" التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار**" مرجع سابق،ص207.

[446] د. نصري النابلسي،. **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2010، ص769.

[447] د. ماجد راغب الحلو، **العقود الإدارية**، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص192.

[448] FOUAD ROUHANI, Renegociation des contras entre Etate et investisseur etrangers, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, 1975,p.95.

بحلول ناجعة بحيث تعدل من نصوص هذا العقد[449]، بقصد إعادة التوازن المالي له، ومما لا شك فيه، أن هذا النوع من المنازعات الناشئة عن اختلاف الأطراف حول ضرورة مراجعة العقد هي منازعات غير قانونية، فهي لا تتعلق في الغالب بتفسير الالتزامات التعاقدية، وإنما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها، فقد يحدث أن يتفق الأطراف على المفهوم القانوني للعقد ولكن قد يجد أحدهم أن هذه الشروط لم تعد ملائمة في ظل المستجدات الحادثة في الظروف الاقتصادية الجديدة[450].فمن الممكن أن يتفق انتهاءً على إعادة التفاوض على مواطن الخلاف لتحقيق التوازن للعقد، مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرفين بما يتفق والمتغيرات الناشئة وما ترتب عليها من آثار، مع إعطاء هيئة التحكيم سلطة خاصة تمكنهم من الوصول لحكم تحكيمي ملزم دون اشتراط اللجوء لقواعد قانونية معينة.

كل ذلك مرهون بالاتفاق على قواعد تنظيمية مسبقة يلزم إتباعها من قبل المحكمين؛ لضمان نجاح مهمتهم والنص على شرط يسمح لأطراف العقد بمراجعته والتفاوض بشأنه بقصد إعادة التوازن المالي إليه.

رابعاً :صلاحية المحكم في ظل تصرفات الإدارة الانفرادية في العقد

قد تتخذ الإدارة المتعاقدة أثناء ممارسة سلطاتها الاستثنائية أعمالاً او تعديلاً على العقد من شأنها أن تسيء إلى مركز المتعاقد معها وتزيد أعباءه المالية في تنفيذ التزاماته، وقد تتمثل هذه الاعمال في إجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل إجراء عام.

ولتسليط الضوء على مفهوم تلك التصرفات فقد عرفها الفقه بأنها: أعمال مشروعة تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء أو بمناسبة تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ الفعل الانفرادي التزامًا على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الإضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقًا للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه[451].

---

[449] OH.K.AHN, Les investissements etrangers dans les pays en cois de developpement, Rev. Juridique et politique, independence et cooperaton, p111et spec p. 121.

[450] د. عصام الدين القصبي، بحث بعنوان" **التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار**" مرجع سابق، ص223.

[451] د. عاطف سعدي، **عقد التوريد الإداري**، الطبعة الأولى، دار الحريري، القاهرة/ 2005، ص538.

_ د. محمد حسين سعيد، الالتزامات العامة وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1998، ص 274.

ويثير عندنا عدة اسئلة بحاجة الى إجابة ، ما هي الاعتبارات التي تستند إليها الإدارة في اتخاذ أي اجراء بإرادة منفردة ، هل يمكن اسناده الى نظرية عمل الأمير، أم الى اعتبارات السيادة و تحقيق النفع العام ؟ وما هو تأثر استقلالية شرط التحكيم على شروط العقد الأخرى؟

إن التشريع الأردني والفلسطيني[452]، قد أقرا بمبدأ استقلال شرط التحكيم في مدلوله العام بقوله: "يعد شرط التحكيم اتفاقًا مستقلًا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحًا في ذاته".

من هذا الموقف نستنتج، فإنه يتعين الأخذ بمبدأ الاستقلال الكامل لاتفاق التحكيم، سواء نص عليه كشرط للتحكيم أو في مشارطه التحكيم، وبالتالي استبعاد الشرط الاتفاقي عن أي تأثير ناتج عن تغير في شروط العقد. أعمالاً لمبدأ الاستقلالية هذا فإن شرط التحكيم من جهة يخرج عن نطاق تطبيق أحكام القانون الخاضع له العقد نفسه، ومن جهة أخرى، فإن شرط التحكيم لا يتأثر بأي خلل يقع على العقد الأصلي مثل البطلان الكلي أو الجزئي أو الفسخ أو التعديل [453].

نستخلص من ذلك أن استقلالية اتفاق التحكيم يؤدي إلى ترسيخ فكرة الاختصاص أي اعطاء الاختصاص لهيئة التحكيم استنادًا إلى فكرة سلطة تعديل شروط العقد المؤدية إلى قلب اقتصادياته والأمر الذي يؤدي إلى إحداث خلل في توازنه المالي مما يرهق المتعاقد، واعتبار أعمال الإدارة من التدابير التي تقوم بها بإرادتها المنفردة والتي منحها اياها القانون بصفتها صاحبة السيادة ،هذا الأمر يكون عقبة امام التحكيم أثناء نظر النزاع، وعليه فإنه مهما تكن اعتبارات الدولة، ومع قيام الفرضيات على طبيعة هذه التدابير من حيث عدم قابليتها لأن تكون محلًا للتحكيم أصلًا، فمما لا شك فيه أنها تتضمن انتهاكًا جسيماً لالتزاماتها العقدية الموافق عليها من قبلها كأثر من آثار العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها.

واننا نرى بقابلية خضوع المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الادارة بإرادتها المنفردة الى اختصاص هيئة التحكيم، بحيث تحكم بإعادة النظر ببنود عقد الاشغال الدولي محل النزاع للوصول به إلى التوازن المالي المتفق عليه بداية ، ولا محل لادعاء الإدارة بشرعية الإجراءات والتدابير المتخذة من قلبها، ولا مجال لهيئة التحكيم الا البحث في التعويض المناسب، استنادًا لعدم

د. عمر حلمي، **طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص228.

[452] المادة 22 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001. والمادة 2/5 من قانون التحكيم الفلسطيني لعام 2000

[453] هذا المبدأ أخذ به وطبقه القضاء الفرنسي، يراجع في ذلك: YLoussouarn Cours general de droit international prive Rec. des Cours, 1973, LL, p.307-308.

مقدرة و صلاحية هيئة التحكيم على إلزام الإدارة المتعاقدة بإلغاء ما تم اتخاذه من اجراءات وقرارات، أو استئناف تنفيذ العقد بحال رجعت عما اتخذته من قرارات سابقة .

مما تقدم نستخلص إلى أن التدابير والإجراءات التي قامت بها الدولة بإرادتها المنفردة والتي من عملت على إحداث التعديل المباشر في بنود العقد وادت إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد فإنها تدخل في اختصاص هيئة التحكيم، بحيث يتقرر بموجبه للمتعاقد حق ضمان التوازن المالي للعقد وذلك بتعويضه عن الضرر. والتعويض في هذه الحالة يكون قد تقرر بناء على سبب التأثير المباشر على شروط العقد أو جاء نتيجة تغيير في ظروف تنفيذه بكيفية من شأنها تحميل المتعاقد أعباء جديدة لم تكن متوقعة وقت التعاقد[454].

خامساً : صلاحية المحكم في ظل التغيرات التشريعية

قد يتم تغير القانون اثناء نظر التحكيم من قبل هيئة التحكيم بحيث يمنع القانون الاطراف من حل منازعاتهم عن طريق التحكيم ، كان يصدر عن الدولة تشريع جديد قائم على عدم المساس بحق الدولة في ممارسة سلطاتها السيادية و الرقابية ويتضمن حظر اللجوء إلى التحكيم، مثال أن ينص على أن كل إجراء خاص بالتحكيم التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها الإدارية قد بدأت به قبل سريان هذا القانون يعد لاغياً ولا يرتب أي اثر قانوني، وان أي يحكم صدر ع هذا التحكيم ليس له أثر أو نفاذ في مواجهة الدولة أو أحد هيئاتها، وإن أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم والتي شرع بإجراءات التحكيم وفقًا له يعتبر لاغيًا ويرتب أي أثر.

وإذا قمنا بطرح الفرض الآتي ،إذا كان التشريع الذي تم تعديله هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بوجود هذا الفرض يبقى السؤال قائمًا، حول مدى تأثيره على اتفاق التحكيم القائم ومدى إخلاله بالضمانات التي يكون المتعاقد قد بنى اماله عليها عند إبرامه عقد الأشغال الدولي محل النزاع، وبالتالي ما هو دور المحكم في إعادة التوازن المالي لهذا العقد؟.

واستنادا الى ما سبق فان القانون الذي نشأ اتفاق التحكيم في ظله هو القانون الأولى بالتطبيق الذي جاء كنتيجة لإعمال مبدأ سلطان الإرادة لطرفي العقد[455]، ويتوجب على أطراف النزاع أن تتجه إرادتيهما إلى تطبيق هذا القانون. ولمعالجة هذا الأمر ، قرر المشرع في العديد من البلدان على

---

[454] د. نصري منصور، **العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص701.

[455] Ryziger: Intervention au, 1 er congers international de larbitrage, Rev. Arbitrage, 1961, p.138.

سبيل المثال[456]، ضمان استمرار تطبيق القانون وشرط التحكيم الذي نشأ الاتفاق في ظله، وهو ما عرف بشرط الثبات التشريعي كونه يمنح المتعاقد مزايا وضمانات تكون قد تقررت له بموجب هذه التشريعات، وبالتالي الاعتراف باختصاص هيئة التحكيم في تطبيق أحكام هذا القانون لإنهاء النزاع القائم بين أطرافه، ومع ذلك يبقى هناك خوف إزاء مدى جدية هذا الشرط من حيث تمسك الدولة المتعاقدة بهذا القيد التشريعي على إراداتها إذا رغبت في القيام بتعديلات تشريعية لها مساس باتفاق التحكيم، وحق اللجوء إليه في حال نشوء نزاع بين المتعاقدين.[457]

إزاء هذا الواقع ظهرت بعض الآراء الفقهية المنادية بإحالة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي لتجنب إشكالية التغيرات التشريعية الوطنية من قبل الدولة الطرف في اتفاق التحكيم، مع وجود بعض العقبات القانونية التي قد تشكل عائقًا أمام هيئات التحكيم لجهة تطبيق قواعد القانون الدولي في مجال المنازعات الوطنية، وهو ما يعرف بتدويل تلك النزاعات. مقابل ذلك ظهر توجه معارض له مستنداً بإبعاد أحكام القانون الدولي عن مجال تطبيقها في علاقات القانون الخاص[458]، كما إن هذه القرارات تمثل نظامًا قانونيًا قائمًا بذاته ولا يعد تعبيرًا عن حقيقة سيادة أية دولة، إضافة إلى أن قواعد القانون الدولي في هذا المجال لا ترقى إلى مصاف النظرية القانونية المختصة بتنظيم العلاقات التعاقدية؛ وذلك لعدم اكتمال قواعده في هذا المجال، كما هو الحال في مجالي القانون الخاص والقانون الإداري الداخلي[459].

وبالرجوع إلى نصوص التشريع الأردني فإننا نستخلص أن هناك إمكانية قانونية يمكن الاستناد إليها بالاحتكام إلى قواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة الأردنية إذا ما تم الاتفاق بين أطراف التعاقد لتجنب التغييرات التشريعية التي تطرأ على تنفيذ العقد.

وقد أعطى المشرع الأردني والفلسطيني للمحكم سلطة اختيار إجراءات التحكيم التي وفق ما يراه مناسباً ،إذا لم يتم الاتفاق ابتداءً على اختيار القواعد الإجرائية المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيمي في الدولة أو خارجها، على أن يتم مراعاة أحكام قانون التحكيم الوطني، وهذا يمكن استنتاجه من نص المادة 24 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، حيث نصت على

---

[456] المادة 5 من قانون الاستثمار الجزائري الصادر بتاريخ 1966/9/15. والمادة2 من قانون الاستثمار التونسي رقم 35 لسنة 1969، والمادة22 من قانون تشجيع الاستثمار الأردني لسنة 2010.

[457] حتاملة ، سليم سلامة ، دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، مجلد 39 ، عدد 33، 2015 ،ص 36.

[458] P.WEIL "Problems relative contrats passes entre un Etat et un particular", Rec. des L'Academie de Dr. Int, L, TIII, p.155.

[459] ROPERT. B. VON MEHREN AND NICHOLAS KOURIDES, International aribitration between states and foreign parties: The lypian. Nationalization, Am .J. Int'l law, voi 75, 1981, p.510-511.

أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون". وهذا الأمر أكدت عليه المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني لعام 2000 .

وإضافة الى ذلك أيضًا في مجال الإحالة إلى قواعد الاتفاقيات الدولية فقد أورد المشرع الأردني وفي عدة قوانين ومنها قانون تشجيع الاستثمار لحماية الاستثمارات الأجنبية في المادة 22 منه بمراعاة تطبيق أحكام قانون الاستثمار الاتفاقيات العربية والدولية المتعلقة بتسوية النزاعات التي تكون المملكة طرفًا فيها.

مما تقدم وبالرجوع إلى نص المادة 24 من قانون التحكيم الاردني والمادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني حيث اجازتا لطرفي النزاع تطبيق قواعد الاتفاقيات الدولية اذا اتجهت إدارة طرفي العقد الى تطبيقها التي يكون الدولة طرفًا فيها، فإن دولية هذا الاتفاق يكون مرجعه الشرط الوارد في اتفاق لتحكيم الذي تم بموجبه تحديد القانون الواجب التطبيق في إجراءات التحكيم ، وكذلك ما أورده المشرع في المادة 22 من قانون الاستثمار الاردني حيث جاء فيها : وفي غياب الاتفاق بين أطراف النزاع الذي يحيل إلى الاتفاقيات الدولية فإن سلطة اختيار القواعد القانونية المناسبة التي تخضع إجراءات التحكيم لها تعود للمحكم.

نستخلص مما سبق ، أن حق أطراف التعاقد في اللجوء القواعد القانونية التي ترد في الاتفاقيات الدولية بقصد تطبيقها على إجراءات التحكيم يجب أن يتم النص عليه في الشروط التعاقدية لاتفاق التحكيم. فالمحكم في هذه الحالة يستمد سلطته من الاتفاقيات الدولية لا من القانون الوطني.

الفرع الثالث :نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

بعد أن درسنا أساس صلاحية الحكم في اعادة التوازن المالي لعقد الاشغال الدولية ، فإننا في هذا المبحث سوف ندرس نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطالب الآتية:

أولاً: سلطة المحكم في تفسير أحكام العقد وحدوده.

ثانياً: سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد.

ثالثاً: سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية.

رابعاً: سلطة المحكم في إصدار قرار التعويض.

أولاً: سلطة المحكم في تفسير أحكام العقد وحدوده

قد يشوب عقد الاشغال الدولي بين نصوصه الغموض وعدم الوضوح او التناقض الظاهر مع نص آخر، أو النقص في اللفظ أو ذكر حالات معينة تؤدي إلى عدم وضوح الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، مما يؤثر على التوازن المالي للعقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يؤدي ذلك إلى صعوبة الفصل في موضوع النزاع دون الوقوف على حقيقة تلك العبارات ومعرفة مدلولها ومعناها للوصول إلى نية الأطراف، وما اتجهت إليه إرادتهم والسؤال الذي بحاجة الى اجابة هوما مدى سلطة المحكم في تفسير بنود العقد وما هي حدود صلاحيته في هذا المجال؟ للإجابة عن ذلك نقرر أن المحكم يملك اللجوء إلى تفسير بنود العقد ليكون ذلك عونًا له في الوصول إلى حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين. ، التفسير هنا هو الذي يقوم به المحكم أثناء عرض موضوع التحكيم عليه، فالمحكم يتولى مهمة التفسير كاجراء تمهيدي يدخل في إطار مهمته في حل النزاع والحكم فيه، هذا كله مشروط بألا يتجاوز المحكم نطاق مهمته في التفسير، ويذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، كأن تمتد سلطته إلى البحث في شروط العقد من حيث تعديل الالتزامات التعاقدية زيادة أو نقصا .

ويهدف المحكم من خلال التفسير، إلى البحث عن مقصد كل من طرفي العقد من إبرامه، ولكن التنفيذ ينصب على تعبير كل منهما عن إرادته، سواء أكان هذا التعبير قولًا أم فعلًا من الأفعال، أي أن الغاية من تفسير العقد، هي الكشف عن قصد المتعاقد، وذلك من تعبير الشخص عن هذا القصد، على أن تفسير العقد لا يتم بالكشف عن مقصد كل متعاقد على انفراد، بل يجب أن يكون ببيان ما اتفقا عليه عند إبرام العقد، أي تحديد مقاصد كل من طرفي العقد، في ضوء ما تم الاتفاق عليه ، أي تحديد ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، وعدم اقتصار النظر عند التفسير في إرادة كل منهما على حدة[460].

---

(460) حتاملة ، سليم سلامة ، **دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري** ، مرجع سابق ،ص 47

والمحكم يجب عليه ان يبذل قصارى جهده من أجل معرفة مقاصد الاطراف ، ويستعين المحكم بشتى الوسائل سواء اللغوية والعقلية للتفسير، والأعمال التحضيرية للوصول الى الغاية التي أرادها أطراف العقد، وهكذا فإن التفسير يمكن اعتباره من صميم عمل المحكم في حالة عدم وضوح النصوص العقدية، أو تناقضها، فهو إذن لا يلجا إلى التفسير من تلقاء نفسه إلا إذا عرضت عليه قضية للتحكيم فيها، وعادة ما يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه دون طلب من أحد.

ويكون تفسير المحكم بطريقة عملية، يعيد بموجبه الحقوق لأصحابها من خلال إعادة التوازن للعقد، وهو يتأثر بالاعتبارات الواقعية وحسن النية المحيطة بالنزاعات المعروضة عليه، ويعمل على أن يكون تفسيره للعقد متلائما مع تلك الظروف، ومن أجل هذا تأتي تفسيرات المحكمين قريبة من الواقع ومتأثرة به.

تفسير المحكم لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا في موضوع النزاع الخاضع للتحكيم المعروض عليه بحيث يستخدمه كوسيلة لحسم هذا النزاع، أضف الى ذلك نسبية هذا الأثر بحيث يقتصر على إلزام ما يتوصل إليه على النزاع نفسه في وقائعه وأشخاصه.

كذلك يجد المحكم صعوبة في التفسير عندما يكون أمام عقود متتابعة تنفيذًا لعملية واحدة تشارك في تنفيذها عقود متعددة، فينظر في مجموع هذه العقود ويقوم بتفسير كل منهما على حدة، مع تقديره لوحدة كل واحدة منها، ومن ذلك نرى أن المحكم يتمتع بسلطة في تفسير العقد، واعادة التوازن لأطرافه من خلال ازالة الغموض او التناقض في بنود العقد .[461]

ثانياً: سلطة المحكم في تعديل شروط العقد.

يقصد بتعديل الالتزامات التعاقدية إدخال بعض التغييرات بإضافة شروط جديدة أو حذف شروط أخرى لم تعد ملائمة، وهذا التعديل قد يكون جزئيًا أو كليًا، ويرى جانب من الفقه أن التعديل باستبعاد شرط من العقد يعتبر مختلفا عن إعادة النظر فيه، ويتمثل الاتفاق في على إعادة النظر في بنود العقد تمتد آثاره إلى المستقبل وينسحب إليه ، في ذات الوقت أن استبعاد شرط من العقد تكون آثاره بالنسبة للحقوق المكتسبة من قبل[462].

بناءً على ما تقدم من مفهوم للتعديل، هل من الجائز أن تمتد صلاحية المحكم إلى إعادة النظر في الشروط العقدية وإحداث تغييرات فيها من أجل الوصول إلى حل يعيد التوازن المالي للعقد؟ وإلى

---

[461] د. موسى خليل، بحث بعنوان **" التحكيم التجاري الدول"** المجلد الأول، منشورات كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، للعام 2008، ص95.

[462] د. محمد شحاتة، **النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص442.

أي مدى يمكن العمل بهذه القاعدة؟ وما موقف الفقه من اعطائه مثل هذه الصلاحية بالتعديل و ما أساسه القانوني و ما ي شروط ونطاق تطبيقه؟

وللإجابة على هذه الأسئلة فإن سلطة المحكم في تعديل بنود العقد محل النزاع لا تتثار عند ورود نص صريح في العقد يجيز للمحكم التعديل دون الرجوع لطرفي العقد، لأن الاطراف قد أقرا مسبقًا بحق المحكم في التعديل، بمعنى أن سلطة المحكم في تعديل الالتزامات التعاقدية مرتبطة بإرادة الأطراف ما لم يمنحه القانون الواجب التطبيق هذه السلطة، ولكن ما هو الموقف عند عدم وجود نص صريح يبيح للمحكم استعمال هذه السلطة تجاه المتعاقدين؟.

بالرجوع إلى نص المادة 2/100 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، نجدأنها قد نصت على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطها أن يكون العقد غير مبرم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

نجد من تلك المادة أنها تكشف لنا مدى ما يتمتع به القاضي من صلاحيات تصل حد استكمال الشروط العقدية عند عدم كفايتها بالنظر لطبيعة المعاملة والعرف ومقتضيات العدالة، والسؤال الذي يطرح هنا، هل يمكن أن يولي المحكم نفس صلاحيات القاضي بالقياس من أجل إعادة النظر في التزامات المتعاقدين لإحقاق التوازن المالي للعقد؟

وفي ذلك نقول أن استكمال المحكم للنقص الذي اعترى العقد يختلف اختلافًا جوهريًا عن تعديل بنود العقد وشروطه، ونتفق مع بعض الفقه[463]، الذي يجيز للمحكم استكمال ما يراه مناسبًا لملء النقص الذي يعجز طرفا العقد عن تنظيمه والاتفاق عليه ابتداءً، بحيث يجنبهم الوقوع في الخلاف ويساهم في حل النزاع، كل ذلك في ظل غياب نص قانوني صريح يحظر على المحكم ممارسة تلك السلطة، وبالمخالفة لذلك يملك المحكم أن يمارس هذه السلطة لو وجد نص في اتفاق التحكيم أو في مشارطه التحكيم أو القانون الواجب التطبيق بحيث يعطيه تلك السلطة، مع مراعاة قواعد العرف والعدالة وطبيعة العقد[464].

---

[463] هدى محمد عبد الفتاح، **دور المحكم في قضايا التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص38.

[464] G. Verventtis, Arbitrators and Contractual Gaps, Journal of international Arbitration, Vo1.5 , Issue3, 1988,p.109.

ونؤكد على ما ذهبنا إليه من إمكانية لجوء المحكم للتعديل بوجود اتفاق أو نص قانوني، لما لرضا من أثر في مجال عقود الأشغال الدولية ، بحيث يضع على عاتق الأطراف التزامات بمسؤوليتهم التعاقدية، مع إمكانية إضافة ضوابط على ممارستهم لإرادتهم لإضفاء الجدية على ما اتفقوا عليه.

ومن ناحية أخرى أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص والخاصة باستقرار المعاملات ،لا يمكن إعمالها في مجال العقود الإدارية بشكل كامل ، باعتبار أن العقد قائم بداية على المحافظة على مبدأ التوازن المالي الأمر الذي يعني في حال تعرضه لنوع من التغيير في حقوق والتزامات الأطراف، مع بقاء فكرة التوازن قائمة ومعمولًا بها كلما أطرأ عالعقد أي تغيير، لأن مبدأ الاستقرار لا مجال لانطباقه على العقود الإدارية في جميع حيثياته .

و نوضح في هذا الخصوص أن نطاق التعديل وشروطه، وعليه نقرر بداية أن المحكم لا يملك التعديل إلا في إطار موضوع النزاع المتفق عرضه على التحكيم، وبين أطرافه فقط، وليس له سلطة التعديل ومن بعده الحكم في أي نزاع آخر ولو كان مرتبطًا بهذا النزاع المعروض، كما لا يملك التعديل إلا بموافقتهم، وبالتالي يقع على عاتق المحكم قبل أن يباشر مهمته أن يتحقق من النزاع المطروح عليه من حيث موضوعه وسببه وأطرافه، ويتحقق من السلطة المخولة إليه بمقتضى اتفاق التحكيم، وعليه أن يتحقق من أن موضوع النزاع لا يتصل بالنظام العام، أي مما يجوز فيه التحكيم، وهو على أي حال لا يملك إلا التعديل في موضوع النزاع المعروض عليه، فقط بعد تحديد نطاق سلطته في الحكم حتى لا يتجاوزها فيبطل حكمه[465].

ونضيف أن سلطة المحكم بالتعديل المبني على أسس قانونية أو إرادية تجيزها ليست مطلقة، وإنما يرد عليها مجموعة قيود يترتب على مخالفتها بطلان حكم المحكم، وأهم هذه الضوابط التي تحكم تعديل العقد هي ما استطعنا أن نستخلصها من طبيعة مهمة المحكم، وقد جاءت على النحو الآتي:

أولًا- أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتعلقة بموضوع النزاع. إن شروط العقد المتعلقة بموضوع النزاع هي التي يمكن إخضاعها لسلطة المحكم و عادة ما تتعلق باحتياجات ومصالح أطرافه ، وهي ضرورية لإعادة التوازن المالي للعقد وتحقيق مصلحة المتعاقد مع الإدارة .

ومن هنا نجد فإن سلطة المحكم في التعديل تقتصر على شروط العقد المتصلة بالنزاع المعروض أمامه ، أما شروط العقد والتي غير متصلة بموضوع النزاع فليس للمحكم صلاحية لتعديلها أو

---

(465) د. جعفر مشيمش، **التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية**، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009، ص113.

التعرض إليها إلا بالقدر الذي يساعده للوصول إلى الحكم العادل، ويجب عليه أن يلتزم ببذل جهده على أوسع مدى في حدود موضوع النزاع. وفي حال فرض المحكم على أطراف العقد التزامًا خارجًا عن شروط العقد بسبب التعديل ولم يكن ذا صلة بموضوعه، فإن قراره يعتبر باطلًا، ويجوز لأطراف التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة لإلغاء حكم المحكم المبني على قراره هذا.

ثانيًا- تقيد المحكم بمبدأ المشروعية. يجب أن يتقيد المحكم أثناء تعديله وتغيره لبنود العقد بمقتضيات مبدأ المشروعية، إذ توجد بعض البنود الخاصة بالنظام القانوني للعقد الإداري والمؤسسة على قواعد قانونية خاصة بالقانون الاداري التي تختلف بطبيعتها عن القانون الخاص ، فإذا قام المحكم بتعديل هذه البنود فإنه سوف يرتكب خرقًا لمبدأ المشروعية.

وخير مثال على تلك القواعد، تلك التي ترد على عقود الأشغال الدولية وعقود المقاولات الموحدة ، وهي في جزء كبير منها ذات طابع تنظيمي، من حيث نسبة التأمين والكفالات التي تفرض على من يشترك في العطاء أن يرفقها في طلبه، وأضف الى ذلك مراعاة القواعد والمبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية، وبالتالي لا يمكن تعديلها إلا بالطريق التنظيمي، أو عن طريق السلطة التشريعية المختصة إذا كانت ذات طابع تشريعي[466].

ثالثاً : سلطة المحكم في اصدار الأوامر الوقتية والمستعجلة

يختص القضاء بسلطة إصدار القرار في الطلب المستعجل أو الوقتي ، مستمداً هذه السلطة من السلطة العامة التي يمثلها ولذا فهو يختص دون غيره باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية في إطار الخصومة[467]، فهل للمحكم سلطة إصدار قرار مستعجل أو وقتي في النزاع المعروض على التحكيم ؟

سوف نجيب عن هذا التساؤل من خلال الاتي :

1) : الآراء الفقهية في سلطة المحكم في اصدار الأوامر الوقتية والمستعجلة

اتجه الفقه إلى ثلاث آراء في هذا الموضوع :

---

[466] Laubdere A. DE LVOLVE, P et MODERNE F: traite des contracts administratifs, L. G. Jk Paris TL 1983, p.406 .

[467] محمود السيد التحيوي، **مفهوم الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم** ، دارالمطبوعات الجامعية ،2003م ، ص 303

الاتجاه الاول: يرى أن القضاء وحده هو الذي يختص بصلاحية إصدار الاوامر الوقتية والمستعجلة ولا يشاركه فيه أحد ولا يملك المحكم صلاحية إصدار الاوامر الوقتية والمستعجلة في نزاع ينظر فيه ويعتمد هذا الرأي على الاسباب التالية :

1) وجود ضمانات خاصة في القضاة حيث الدراية والمعرفة بالقانون والخبرة في تطبيقه .
2) إن استبعاد قضاء الدولة لوجود اتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي دون القضاء الولائي أو الوقتي .
3) لا يملك المحكم سلطة الإجبار لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير .
4) إن هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها بصورة دائمة وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة أو متباعدة ومن ثم فقد يجد من الأحداث ما يبرر اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي في غير أوقات انعقادها ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية لاتخاذ الإجراء المطلوب.
5) إن نظام التحكيم يتطلب احترام المواجهة في حين ان اتخاذ الاجراءات التحفظية او الوقتية يستوجب اضافة الى السرعة عنصر المفاجأة فاحترام مبدأ المواجهة فيها يضيع الغرض من هذا الإجراء ويعطي الخصم سيء النية الفرصة لتعطيل اتخاذه فمثلاً : إذا رغب أحد الخصوم الحصول على قرار بالحجز التحفظي على مال للطرف الآخر ضماناً لما قد يحكم له على الطرف الآخر ، فعليه الانتظار إلى حين عقد جلسة هيئة التحكيم وفي حضور الطرف المنوي الحصول على القرار ضده مما يمكن هذا الأخير من التصرف بالمال وبيعه للحيلولة دون إجراء الحجز[468].

6) إن المحكم لا يملك سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة منه سواء أكانت موضوعية أم وقتية مما سيضطر الخصوم إلى اللجوء للقضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه الأحكام فيكون من الأفضل اللجوء إلى القضاء منذ البداية.

7) إن طبيعة العمل التحكيمي تقتضي أن يكون للقضاء وحده صلاحية إصدار الأوامر الوقتية والمستعجلة حيث أن العمل التحكيمي في نظر القانون هو أقل الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية سواء من حيث العمومية وبالتالي الرسمية أو من حيث الشكلية الإجرائية لذا فان العمل

---

[468] سيد أحمد محمود أحمد ، مدى سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت، العدد الثالث،2001م، ص 97 وما بعدها.

التحكمي وحده دون سواه من الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية ، هو العمل الذي في شأنه يتطلب القانون الإجرائي أمرين هما:

أ- وجوب استصدار أمر قضائي بتنفيذه وإلا فلا صيغة تنفيذية له وبالتالي فلا يجوز تنفيذه جبراً.

ب- وأوجب هذا الأمر على القاضي بالتنفيذ أن يفحص العمل التحكمي لضمان خلوه من العيوب الإجرائية وإلا فلا يأمر بتنفيذه والفقه إذ يرى أن وظيفة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هي رفع هذا الحكم إلى مصاف أحكام القضاء العام إنما يقر ضمناً بأن حكم التحكيم بطبيعته ليس في مصاف الأحكام القضائية بل أدنى منها من حيث العمومية وبالتالي من حيث الرسمية كم يقر ضمناً بأن حكم التحكيم بطبيعته ليس في مصاف الأوامر القضائية والأعمال التوثيقية بل وأقل منها ، من حيث العمومية وبالتالي الرسمية لأن الأوامر القضائية والاعمال التوثيقية شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية لا يتطلب القانون في شأنها استصدار أمر قضائي بتنفيذها، وبهذا فإن نظام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو نظام وحيد وحكر على حكم التحكيم وحده دون سواه من أوراق المرافعات مما يعني أن حكم التحكيم قبل الأمر القضائي بتنفيذه ليس فقط أقل من الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية إنما أيضا أقل من أوراق المرافعات عامة وذلك من حيث الشكلية و الرسمية(469).

8_ أنه لا مناص من اللجوء لقضاء الدولة لطلب اتخاذ القرار المستعجل أو الوقتي في المرحلة السابقة لتعيين المحكمين أو بسبب تعذر عقدها ووجدت ظروف استعجال لا تحتمل التأخير، حيث لا توجد جهة تختص بتوفير الحماية الوقتية سوى قضاء الدولة .(470)

9_ إن هناك قوانين تحكيم قد نصت صراحة على منع هيئة التحكيم من إصدار القرارات الوقتية والمستعجلة وحصرتها في القضاء منها ما نصت عليه المادة 758 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي والتي نصت ليس للمحكمين أن يأذنون بالحجز ولا بأي إجراءات تحفظية

الاتجاه الثاني : اتجه جانب من الفقه على إعطاء المحكم سلطة إصدار القرار المستعجل والوقتي بل إن بعضاً من الفقهاء قد تطرفوا في هذا الاتجاه وسلبوا القضاء اختصاصه بنظر النزاع متى كان هذا النزاع من اختصاص التحكيم وقد ساق أنصار هذا الاتجاه المبررات التالية:

يستند أنصار هذا الرأي إلى الخضوع إلى إرادة الأطراف ذاتها على أساس وجود شخص المحكم والذي يتولى الفصل في ذلك بعد تشكيل الهيئة ، ومن ثم فلا حاجة للجوء إلى قاضي الأمور

---

(469) أحمد محمد حشيش ، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتب القانونية ، 2001 ، ص142 وما بعدها.

(470) سيد أحمد محمود أحمد ، **مدى سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية** ،المرجع السابق ، ص 98.

المستعجلة ، وأن هذه الهيئة هي الأقدر من غيرها على تقدير ملاءمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، كما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع ومن باب أولى تستطيع اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية والتي لا تمس هذا الموضوع ، فالخصوم قد اختاروا طريق التحكيم إضافة إلى أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر الأمور المستعجلة والوقتية بالإضافة إلى النظر في موضوع النزاع يؤدي إلى الاقتصاد في النفقات وتوفير الوقت وسهولة التنفيذ ، بالإضافة إلى أن القاعدة التي تنص على أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ومن ثم فمحكم الأصل هو محكم الفرع ، فمتى كان يباح له الفصل في النزاع فيكون من باب أولى مسموحاً له بإصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بموضوع النزاع هذا من ناحية ومن ناحية أخرى من يملك الكل يملك الجزء.

ويدلل أنصار هذا الرأي بما قررته محكمة النقض الفرنسية والتي أخذت بهذا الرأي في بعض أحكامها وقضت بأنه لا يجوز للدائن بعد تشكيل هيئة التحكيم أن يلجأ إلى القضاء طلباً لنفقة وقتية، وإنما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب .([471]

<u>الاتجاه الثالث</u> : الاختصاص المشترك بالإجراءات التحفظية لقضاء الدولة والمحكمين .

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الاختصاص الأصيل في إصدار القرار المستعجل والوقتي هو لقضاء الدولة دون غيره إلا إذا نص أتفاق التحكيم على تخويل المحكمين هذه السلطة عندها يصبح لهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ القرار المستعجل أما إذا لم ينص شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم على تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة فلا تملك اتخاذ مثل تلك القرارات ، وعند إصدار هيئة التحكيم المخولة بالإجراء التحفظي أو الوقتي لقرار وقتي فعلى صاحب المصلحة من القرار أن يطلب من هيئة التحكيم أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ ، والدور الذي يقوم به القضاء في منح هذا الإذن هو من أهم ما يقدمه للتحكيم من مساعدة من أجل سد العجز الناتج عن كون المحكم شخصاً عادياً لا يتمتع بسلطة الأمر والذي لولا هذا الدعم والمؤازرة لفقد صاحب الحق حقه نتيجة ظروف طارئة حلت بالحق ولم يكن هناك وسيلة سريعة لإيقاف الضرر أو لزال الدليل الذي سيثبت هذا الحق (472).

---

[471] سيد أحمد محمود أحمد ، مدى سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ،المرجع السابق ، ص 98

(472) ناريمان عبد القادر، التحكيم، النسر الذهبي للطباعة، 1994، ص 298

2) موقف قانون الأونسترال و قانون التحكيم الفلسطيني و الأردني

نصت المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي : يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أياً من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة إلى موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير كما نصت المادة 26 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الأونسترال على مايلي : 1- لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين ، ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع ، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها ، كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية التي أعدتها سكرتارية الأونسترال حول هذه المادة ما يلي بالخلاف مع بعض القوانين الوطنية ، فإن القانون النموذجي أعطى لهيئة التحكيم قوة لإصدار أمر لأي طرف من أطراف التحكيم لاتخاذ إجراء حماية وقتية تتعلق بموضوع النزاع إذا ما تم طلبها استناداً للمادة (17) _ما لم يتفق الطرفين على أمر آخر- . إنه من الملاحظ أن هذه المادة لم تتناول مسألة التنفيذ القصري لهذه الإجراءات ، إن أي دولة تتبنى هذا القانون سوف يكون لها الحرية في تزويد هيئة التحكيم بالمساعدة القضائية فيما يتعلق بهذا الأمر .

أما بالنسبة لقانون التحكيم الفلسطيني في مسألة اختصاص هيئة التحكيم بإصدار قرارات وقتية فقد نصت المادة (33) على ما يلي "يجوز لهيئة التحكيم اثناء نظر النزاع أن تصدر امرا باتخاذ ايه اجراءات تحفظية او مستعجلة تراها مناسبة بحق احد اطراف التحكيم اذا نص اتفاق التحكيم على ذلك ويكون بهذا الامر قوة الامر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الاحكام والقرارات ."

ويلاحظ على قانون التحكيم الفلسطيني انه لم يجعل لهيئة التحكيم اختصاص في إصدار أمر لأي طرف باتخاذ أمر تحفظي أو وقتي إذا لم يكن الأطراف قد نصا صراحة على تخويل سلطة التحكيم هذه الصلاحية فلا بد من اتفاق طرفي التحكيم صراحة على إعطاء صلاحية إصدار أوامر تحفظية أو وقتية وإلا فسيظل القضاء ومحاكم الدولة هي المختصة وحدها باتخاذ القرارات في الأمور المستعجلة.

أما بالنسبة لقانون التحكيم الأردني في مسألة اختصاص هيئة التحكيم بإصدار قرارات وقتية فقد نصت المادة 23 فقرة أ " مع مراعاة أحكام المادة 13 من هذا القانون ، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق أن يكون لهيئة التحكيم ، سواء من تلقاء نفسها او بناءاً على طلب أي من طرفي التحكيم ، أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير . "

وموقف قانون التحكيم الفلسطيني والاردني مشابه لموقف قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة1994 والتي نصت المادة 1/24 منه يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع

ويلاحظ على قانون التحكيم الأردني انه لم يجعل لهيئة التحكيم اختصاص في إصدار أمر لأي طرف باتخاذ أمر تحفظي أو وقتي إذا لم يكن الأطراف قد نصا صراحة على تخويل سلطة التحكيم هذه الصلاحية فلا بد من اتفاق طرفي التحكيم صراحة على إعطاء صلاحية إصدار أوامر تحفظية أو وقتية وإلا فسيظل القضاء ومحاكم الدولة هي المختصة وحدها باتخاذ القرارات في الأمور المستعجلة.

رابعاً : سلطة المحكم في إصدار قرار التعويض

إن من طبيعة عقود الأشغال الدولية بصفتها جزء من العقود الادارية ، تحقق بقدر الإمكان توازنًا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يمكن أن يحصل عليها ، باعتبار أن بنود العقد تؤلف في مجموعها وحدة واحدة من التلازم والتوازن بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة نتيجة تغير بنود العقد أو بناءً على اجراءات وتدابير انفرادية صادرة عن الإدارة أو تغيرات تشريعية زادت من الأعباء المالية، فإنه ليس من العدل ولا من الصالح العام أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد استنادا على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة واحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، ولو أن الأمر سار على خلاف ذلك، لتم انهاء الأمر من الناحية العملية، إلا أن المتعاقدين والمقاولين لن يقبل المجازفة فيتم ابرام مع الإدارة عقدًا يخضع لسيطرة سلطتها العامة ويتعرض فيه إلى خسارة كبيرة لا مجال لتعويضها، وعليه فإن التوازن المالي في الأشغال يشمل في مفهومه الواسع جميع الحالات التي يحق فيها للمتعاقد مع الإدارة التعويض عن خسارة إما بسبب تصرف الإدارة الخاطئ بصفتها

صاحبة السلطة والسيادة معه خلال تنفيذه للعقد، وإما بسبب القرارات الإدارية التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا له ، وإما بسبب الظروف الاستثنائية الخارجة عن التوقع والتي لا دخل للإدارة فيها زادت من الأعباء عليه[473].

وليس هناك مجال للشك في أن تلك الأسباب إذا وقعت من قبل الإدارة فمن المتوقع أن تصيب المركز المالي للمتعاقد معها بالضرر الفادح، بحيث يكون هناك نزاع يستدعي الفصل فيه بطريق التحكيم، لأنه من المتوقع أن يحرم المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة إذا تم تنفيذ العقد بالكامل، وبناءً عليه فإن مسئولية المحكم تنصب على اتخاذ الإجراءات الكفيلة لإعادة التوازن المالي، من خلال إعمال سلطته للحكم بالتعويض لصالح المتعاقد المتضرر باعتباره حقًا له، كل ذلك تأسيسًا على أن التعويض يعد أحد المبادئ الثابتة في مجال العلاقات العقدية. التي نستخلص دقة تطبيقها عندما يوضح العقد أو القوانين المنظمة لأحكامه مقدار هذا التعويض المستحق للمتعاقد المتضرر، بسبب إنهاء العقد، أو بسبب الخسارة الي لحقته نتيجة تصرف إداري أو تغير تشريعي، وفي هذه الحالة يجب إعمال بنود العقد أو النصوص القانونية حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض، أي أن المحكم يملك سلطة الحكم بالتعويض في بناء على ما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، وقد ذهبت بعض قرارات التحكيم إلى ضرورة تعويض الطرف المضرور تعويضًا كاملا عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وقد استندت هذه القرارات إلى أن مبدأ تعويض الطرف المضرور يعد مبدأ عامًا ومشتركًا بين جميع النظم القانونية[474]. أما إذا لم ينظم العقد أو القانون ما يستحقه المتعاقد من التعويض، فإن المحكم في هذه الحالة يستند لقواعد العرف والعدالة وحسن النية لتحديد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، مع الأخذ بعين الاعتبار أن التعويض يخضع للأحكام العامة المقررة في هذا الصدد، ومنها شروط حصول ضرر من جراء تنفيذ العقد، أو عدم تنفيذ أحد الالتزامات التعاقدية من قبل أحد أطراف العقد[475]. وعلى العكس من ذلك ذهبت بعض قرارات التحكيم إلى أن على المحكم أن يعوض المضرور بتعويض مناسب وليس تعويضًا كاملًا عن كامل الاضرار التي لحقت به [476].

---

[473] د. نصري منصور، العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص604.

[474] حتاملة ، سليم سلامة ، **دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري** ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، مجلد 39 ، عدد 33، 2015، ص 61

[475] حتاملة ، سليم سلامة ، **دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري** ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، مجلد 39 ، عدد 33، 2015، ص 62

[476] د. رشا علي السيد، **سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية العالمية**، مرجع سابق، ص90.

وحيث أنه ليس هناك خلاف في صلاحية المحكم بالتعويض للمضرور، ولكن الخلاف يكمن في مقدار التعويض، وبهذا يعد التعويض وسيلة في يد المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد، إلا أنه في النهاية يتعين على المحكم ألا يبني حكمه بتعويض لا تقره قواعد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو بالمخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ(477).

وهناك بعض العقود التي تتضمن نصوصًا تتعلق بالإعفاء من المسئولية، وتكون معظمها على حالات القوة القاهرة، إلا أن الإعفاء من المسئولية أو تخفيفها مقترن بعدم وقوع غش أو خطأ جسيم، كما أن توقع الظروف وعدم إمكانية دفعها يخضع لتقدير المحكم مراعيًا ظروف أطراف العقد وخبراتهم(478).

ويعد إنهاء العقد من قبل أحد الأطراف بإرادته المنفردة، أو تأخره في تنفيذ التزاماته، أو امتناعه عن ذلك، أو تعديل التزاماته أو فرض جزاءات مالية دون وجه حق، إخلالًا بالالتزام التعاقدي، المؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أن المحكم قد يجد نفسه مضطرًا تحت تأثير بعض الظروف التي لابست ارتكاب تلك المخالفات إلى إعفاء الطرف المخالف؛ نظرًا للقوة القاهرة التي حالت بينه وبين تنفيذ التزاماته، إلا أنه لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يقضي بتعويض مناسب للمضرور أو يرجئ تنفيذ العقد للمدة التي يستحيل فيها التنفيذ، وذلك لحين انتهاء القوة القاهرة، هذا ما إذا كانت القوة القاهرة جعلت من استحالة التنفيذ أمرًا مؤقتًا لا مستحيلًا(479).

أخيرًا لقد بحثنا في هذه الدراسة سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، من عدة جوانب عكست نطاق سلطته فيها، حيث ظهر لنا أن بعضها يستمد سلطته أثناء ممارستها من واقع طبيعة عمله كمحكم، وأخرى يستند في ممارسة سلطته فيها على توافق إرادة أطراف النزاع، وبالتالي فهي تضيق في جانب وتتسع في آخر، إلا أن هذه السلطة تبقي محل جدل فقهي واختلاف قضائي حولها ونقص تشريعي ينظمها ويبين نطاق ممارستها.

المتفق عليه بداية ، ولا محل للإدارة ادعائها بشرعية الإجراءات والتدابير المتخذة من قلبها، ولا مجال لهيئة التحكيم الا البحث في التعويض المناسب، استنادًا لعدم قدرة هيئة التحكيم إجبار الإدارة المتعاقدة على إلغاء ما اتخذته من تدابير وقرارات، أو العودة إلى تنفيذ العقد بحال اتخذت قرارًا بالتخلي عنه.

(477) د. رشا علي السيد، **سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية العالمية**، مرجع سابق، ص90.

(478)حتاملة ، سليم سلامة ، دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، مجلد 39 ، عدد 33، 2015 ،ص 22.

(479) د. رشا علي السيد، **سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية العالمية** مرجع سابق، ص 91.

مما تقدم نستخلص إلى أن التدابير والإجراءات التي قامت بها الدولة بإرادتها المنفردة والتي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد فإنها تدخل في اختصاص هيئة التحكيم، بحيث يتقرر بموجبه للمتعاقد حق ضمان التوازن المالي للعقد وذلك بتعويضه عن الضرر. والتعويض في هذه الحالة يكون قد تقرر بسبب التأثير المباشر على شروط العقد أو جاء نتيجة تغيير في ظروف تنفيذه بكيفية من شأنها تحميل المتعاقد أعباء جديدة لم تكن متوقعة وقت التعاقد(480).

خامساً : صلاحية المحكم في ظل التغيرات التشريعية

قد يتم تغر القانون اثناء نظر التحكيم من بل هيئة التحكيم بحيث أن يمنع القانون الاطراف بحل منازعتهم عن طريق التحكيم ، كان أن يصدر عن الدولة تشريع جديد قائم على مصادرة حق الدولة في ممارسة سلطاتها السيادية، يتضمن حظر اللجوء إلى التحكيم، كأن ينص على أن كل إجراء خاص بالتحكيم التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها الإدارية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا القانون سيعد لاغيًا، ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي إليه هذه الإجراءات أي أثر أو نفاذ في مواجهة الدولة أو أحد هيئاتها، وإن أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم والتي شرع بإجراءات التحكيم وفقًا له يعتبر لاغيًا ومعدوم الأثر.
والفرض المقبول طرحه هنا إذا كان التشريع الذي تم تغييره هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بوجود هذا الفرض يبقى السؤال قائمًا، ويدور حول مدى تأثيره على اتفاق التحكيم القائم ومدى إخلاله بالضمانات التي يكون المتعاقد قد عول عليها عند إبرامه العقد الإداري محل النزاع، وبالتالي ما هو دور المحكم في إعادة التوازن المالي لهذا العقد.
واستنادا الى ما تم ذكره فان القانون الذي نشأ اتفاق التحكيم في ظله هو القانون الأولى بالتطبيق الذي جاء نتاجًا لإعمال مبدأ سلطان الإرادة لطرفي العقد(481)، ويتوجب على طرفي النزاع أن تتجه إرادتيهما إلى تطبيق هذا القانون. ولمعالجة هذا الوضع، قرر المشرع في العديد من البلدان على سبيل المثال(482)، ضمان استمرار تطبيق القانون وشرط التحكيم الذي نشأ الاتفاق في ظله، وهو ما عرف بشرط الثبات التشريعي نظرًا لما يتمتع به المتعاقد من مزايا وضمانات تكون قد تقررت له بموجب تلك التشريعات، وبالتالي الاعتراف لهيئة التحكيم المختصة تطبيق أحكام هذا

---

(480) د. نصري منصور، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص701.
(481) Ryziger: Intervention au, 1 er congers international de Iarbitrage, Rev. Arbitrage, 1961, p.138.
(482) المادة 5 من قانون الاستثمار الجزائري الصادر بتاريخ 1966/9/15. والمادة2 من قانون الاستثمار التونسي رقم 35 لسنة 1969، والمادة22 من قانون تشجيع الاستثمار الأردني لسنة 2010.

القانون لحل النزاع الدائر بين أطرافه، ومع ذلك يبقى الخوف قائمًا إزاء جدية هذا الشرط من حيث مدى تمسك الدولة المتعاقدة بهذا القيد التشريعي على إراداتها إذا رغبت في إجراء تعديلات تشريعية لها مساس باتفاق التحكيم، وحق اللجوء إليه في حال نشوء نزاع بين المتعاقدين.(483)

إزاء هذا الواقع ظهرت بعض الآراء الفقهية المنادية بالإحالة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي لتجنب إشكالية التغيرات التشريعية الوطنية من قبل الدولة الطرف في اتفاق التحكيم، مع وجود بعض المحاذير القانونية التي قد تشكل عائقًا أمام هيئات التحكيم لجهة تطبيق قواعد القانون الدولي في مجال المنازعات الوطنية، وهو ما يعرف بتدويل تلك النزاعات. مقابل هذا التوجه ظهر اتجاه معارض لتلك الأفكار مدعيًا ابتعاد أحكام القانون الدولي عن مجال تطبيقها في علاقات القانون الخاص(484)، كما إن هذه الأحكام تمثل نظامًا قانونيًا قائمًا بذاته ولا يعد معبرًا عن حقيقة سيادة أية دولة، ونضيف أن قواعد القانون الدولي في هذا المجال لا ترقى إلى مصاف النظرية القانونية المختصة بتنظيم العلاقات التعاقدية؛ وذلك لعدم اكتمال قواعده في هذا المجال، كما هو الحال في مجالي القانون الخاص والقانون العام الإداري الداخلي(485).

وبالمقارنة بما هو منصوص عليه في التشريع الأردني فإننا نستخلص أن هناك إمكانية قانونية يستند عليها للرجوع والاحتكام إلى قواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة الأردنية إذا ما رغب أطراف التعاقد تجنب التغييرات التشريعية التي تطرأ على تنفيذ العقد.

وقد أعطى المشرع الأردني للمحكم سلطة اختيار إجراءات التحكيم التي يراها مناسبة إذا لم يتم الاتفاق ابتداءً على اختيار القواعد الإجرائية المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيمي في المملكة أو خارجها، على أن يراعي أحكام قانون التحكيم الوطني، وهذا نجد أساسه في منطوق المادة 24 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، حيث نصت على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون".

---

(483) حتاملة ، سليم سلامة ، دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الكويت ، مجلد 39 ، عدد 33، 2015 ، ص 45،46.

(484) P.WEIL "Problems relative contrats passes entre un Etat et un particular", Rec. des L'Academie de Dr. Int, L, TIII, p.155.

(485) ROPERT. B. VON MEHREN AND NICHOLAS KOURIDES, International aribitration between states and foreign parties: The Iypian. Nationalization, Am .J. Int'l law, voi 75, 1981, p.510-511.

وتأكيدًا على ذلك أيضًا في مجال الإحالة إلى قواعد الاتفاقيات الدولية فقد أورد المشرع الأردني في المادة 22 من قانون تشجيع الاستثمار لحماية الاستثمارات الأجنبية أن يراعي عند تطبيق أحكام قانون الاستثمار الاتفاقيات العربية والدولية المتعلقة بتسوية النزاعات التي تكون المملكة طرفًا فيها.

مما تقدم وبالرجوع إلى نص المادة 24 أن "لطرفي التحكيم الاتفاق...." نستخلص أنه اذا اتجهت إدارة طرفي العقد الى تطبيق القواعد التي ترد في الاتفاقيات الدولية التي يكون الأردن و طرفًا فيها، فإن دولية هذا الاتفاق يكون راجع الى الشرط الموجود في اتفاق لتحكيم الذي تم بموجبه تحديد القانون الواجب التطبيق في إجراءات التحكيم ، وكذلك ما أورده المشرع في المادة 22 من قانون الاستثمار حيث جاء فيها : وفي غياب الاتفاق بين أطراف النزاع الذي يحيل إلى الاتفاقيات الدولية فإن سلطة اختيار القواعد القانونية المناسبة التي تخضع إجراءات التحكيم لها تعود للمحكم. نستخلص مما سبق ، أن حق أطراف التعاقد في اللجوء القواعد القانونية التي ترد في الاتفاقيات الدولية بقصد تطبيقها على إجراءات التحكيم يجب أن يتم النص عليه في الشروط التعاقدية لاتفاق التحكيم. فالمحكم في هذه الحالة يستمد سلطته من الاتفاقيات الدولية لا من القانون الوطني.

المطلب الثاني : دور المهندس الاستشاري في اعادة التوازن المالي للعقود الأشغال الدولية .

سبق الإشارة إلى ان شروط الفيدك تخول المهندس الاستشاري دوراً مهماً وحيوياً وهو أمر ليس بمستغرب حيث أن هذه الشروط تم صياغتها بواسطة مهندسين استشاريين حيث يقوم المهندس بمقتضاه بتسوية المنازعات فيما بين المقاول وصاحب العمل ويعطي المهندس سلطة بفحص اعتراضات المقاول على قرارته أو تعليماته حتى لو كان سبب الاعتراض يتعلق بتصرفات المهندس ذاته.

وهذا النظام واجه العديد من الانتقادات نظراً لازدواجية الدور الذي يقوم به المهندس حيث أنه يجعل منه حكماً وخصماً في آن واحد ونظرا لحاجة العمل في عقود البناء والتشييد الضخمة الى جهاز متخصص ومحايد لذلك اتجه الفكر الى تكوين مجلس من ثلاثة أعضاء تتوافر لهم خبرة عملية في صناعة البناء والتشييد ويعملون في استقلال عن طرفي هذه الصناعة ولذا سوف نقوم بدراسة هذا المطلب من خلال الاتي :

المطلب الأول : دور المهندس الاستشاري في اعادة التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية .

يقوم المهندس الاستشاري في إطار عقود الانشاءات بعدة وظائف تتراوح ما بين تقديم المشورة والخبرة والتقنية وإدارة العمل والمتابعة وفحص مطالبات أطراف العقد وهذا الدور الذي يقوم به هو دور شبه تحكيمي أو شبه قضائي ومن ثم يجب أن يقوم المهندس بهذا الدور بحياد و استقلال تام عن الطرفين وهذا الدور أعطاه اياه عقد المقاولات الفيدك الطبعة الرابعة .[486]
وهذا الدور المنوط بالمهندس يبدأ من ابرامه للعقد مع صاحب العمل ، وهذا الدور المنوط بالمهندس هو يعتبر مرحلة أولى لتسوية المنازعات المتعلقة بعقد الفيدك وقد يعقب هذه المرحلة مرحلة أخرة أمام هيئة التحكيم ويمتاز اللجوء إلى التحكيم بأنها تتوافر فيها الصناعات والاستقلال الموضوعية هذا ما لا يمكن ايجاده عند المهندس الاستشاري أثناء فض النزاع ، إلا أنه وفق للشرط 67 من عقود الفيدك فإن هيئة التحكيم لا يمكن أن تباشر عملها الا بعد أن ينهي المهندس فض النزاع .
ولا يوجد مدة محددة للجوء الأطراف لطرح النزاع على المهندس الاستشاري ويجب أن يقدم الطلب الى المهندس الاستشاري خطياً حتى يمكن أن ينظر فيه وتعتبر الكتابة في الطلب المقدم الى المهندس شرطاً يترتب عليه تطبيق الشرط 67 من عقد الفيدك من عدمه أي بمعنى لو قدم طلب شفهي للمهندس وقرر في النزاع فإنه والحالة لا يكون النزاع قابلاً للتحكيم الا أنه يمكن تعديل الاجراءات وتقديم طلب خطي من قبل طالب حل النزاع .(487)

أما بالنظر إلى طبيعة الأعمال التي يقوم بها المهندس فإنها نوعين من الاعمال الطائفة الأولى تشمل الأعمال التي يمارسها بوصفه ممثلاً لصاحب العمل، أي العمل التعاقدي، أما الطائفة الثانية من الأعمال فإنها أعمال قضائية وهذا يجعل دور المهندس دور مزدوج حيث أنه تتجاذبه اتجاهان، الاتجاه الأول الاتجاه الذي عليه لمصلحة صاحب العمل الذي يمثله، و الاتجاه الثاني الذي عليه مبدأ الحياد بوصفه حكماً في المصالح المتعارضة ، وهذا الدور المزدوج للمهندس

---

[486] وذلك في الشرط 67 من عقد الأعمال الهندسية المدنية ، وتتضمن بنود عقد الفيدك تنظيماً للمطالبات العادة من صاحب العمل وتدور المطالبات من قبل المقاول عادة حول الزيادة في الأجرة وامتداد العقد وهذه المطالبات جميعا يجب أن تعرض على المهندس وفقاً للاجراءات التي رسمها العقد يقوم بفحصها وتقديرها ومن ثم إعطاء تعليمات بشأنها من حيث مبدأ قبول المطالبة وتقدير قيمة ما يقبل فيها أ رفضها .

[487] د. أحمد حسان مطاوع _ **التحكيم في عقود الانشاءات** ، مرجع سابق _ ص557_ص560 .

الاستشاري الذي تؤثر تصرفاته بشأنه في المصالح طرفي العقد ، وهذا بعكس الأهمية للدور الذي يشغله المهندس الاستشاري.

إن أكثر الانتقادات التي وجهت الى المهندس الاستشاري شبه التحكيمي تصدر عن تمثيله لمصالح متعارضة الأمر الذي يجعل منه خصماً وحكماً في نفس الوقت ، مما يصعب عليه من الناحية العملية التزام الحياد في تقديره لهذه المصالح .(488)

ومن هنا يبرز التساؤل عن ماهية المرجعية التي استند إليها عقد الفيدك في تبنيه للدور المزدوج للمهندس ؟؟

إن بنود عقد الفيدك مستمدة من النظام القانوني الانجليزي وقد أثبتت التجربة من أن المهندس الاستشاري يمكن أن يمارس دوره المزدوج في ظله دون مشاكل وصعوبات معقدة، إضافة إلى أن إتجاه ذوي الشأن في صناعة البناء إلى تفضيل تسوية المنازعات داخل اطار هذه الصناعة.

أما الاتجاه الاخر والرافض لدور المهندس المزدوج هو إتجاه سائد في بلاد القانون الخاص المدني مثل مصر وفلسطين والأردن والكويت، فإنه ينظر إليه بأنه جمع بين صفتين الحكم والخصم وبالتالي لا يلقي قبولاً لهذا الدور المزدوج.[489]

وهذه الدول بالعادة تقوم بتعديل هذا الشرط من بنود عقود الاستشارات الهندسية بحيث لا يتم اللجوء الى المهندس الاستشاري لحل الخلافات وإنما يتم اللجوء إلى التحكيم مباشرة .

إلا أنه ونتيجة للانتقادات الموجهة الى المهندس الاستشاري وإزاء حاجة العاملين في مجال البناء والانشاءات الضخمة الى جهاز متخصص ومحايد اتجه الفكر إلى ايجاد طريقة أخرى تكون حلاً لهذه المشاكل وهي تكوين مجالس متخصصة والتي سوف يقوم بدراستها في الفرع الثاني.

بقي أن نذكر بأن قرار المهندس يكون نهائياً وملزماً ما لم يتم الاعتراض عليه خلال 90 يوم من تاريخ إبلاغه للطرف الآخر، ويكون الاعتراض بتقديم طلب التحكيم ضد قرار المهندس وإرسال صورة عن هذا الطلب إلى المهندس، فإذا لم يتم ذلك خلال هذه المدة يصبح قرار المهندس فيها نهائياً وملزماً لعدم الاعتراض عليه.

ومن الأمثلة على ذلك القضية ما بين أحد المقاولين الكويتيين والذي تعاقد مع بلدية إحدى الإمارات العربية المتحدة على إنشاء طرق، وتضمن العقد تعيين مهندس للمشروع يراقب التنفيذ ويحتكم إليه الطرفان ونص العقد على خضوع الطرفين لشروط عقد الفيدك.

وتتلخص وقائع القضية أن تكلفة العملية التي قام بها المقاول الكويتي زادت زيادة كبيرة نتيجة كثرة التعديلات التي أجرتها البلدية بما يزيد كثيراً عن المقابل المنصوص عليه في العقد، وبلغت الزيادة في تقديرها أكثر من ستة ملايين درهم، ووجهه طلب إلى البلدية بهذا الخصوص الا أنها لم تجيبه ثم وجه طلب إلى المهندس الاستشاري الخاص بصاحب العمل فأقر أنه يستحق مبلغ حوالي ثلاثة ملايين ونصف مليون درهم من البلدية، وطالبها المقاول إلا أنها رفضت فتم تقديم طلب من قبل المقاول للتحكيم إلى غرفة التجارة الدولية.

---

(488) د. مجدي سوفي _ **إعداد الحكم الدولي وتطبيقات منصة التحكيم** _ في القضايا التجارية والاستثمارية والانشاءات _ المركز الدولي للإستشارات المالية والإدارية والمبرم السابع دور الدراسات _ القاهرة _2004_ص373- ص376

(489) د.مجدي وسوفي _ مرجع سابق _ ص 378 .

وطعنت البلدية في قرار المهندس بأنه ليس نهائياً وغير ملزم لها لأنها اعترضت عليه بعد شهرين من صدوره باعتراض قدمته الى المهندس، وهذا القرار لا يصبح نهائياً ولا ملزماً إلا إذا قبلته والذي حصل أنها لم تقبله وأنها تقدمت باعتراض صريح.

وقد أجاب المحكم عن هذه النقطة بأن الطعن في قرار المهندس وعدم قبوله لا يكون بتقديم اعتراض إلى المهندس وإنما باتباع ما نص عليه الشرط 67 من شروط الفيدك ، وذلك بتقديم طلب التحكيم ضد قرار المهندس خلال 90 يوماً من تاريخ إبلاغه إليها وإرسال صورة من هذا الطلب الى المهندس وعليه فإن قرار المهندس ملزماً للبلدية .[490]

المطلب الثالث : دور مجلس فض المنازعات في اعادة التوازن المالي في عقود الأشغال الدولية .

نتيجة للانتقادات التي ذكرناها سابقاً والتي وجهت إلى المادة 67 من عقود الفيدك تم تعديل هذه المادة في الطبعة الرابعة حيث قام الاتحاد الدولي للمهندس الاستشاري فيدك من الكتاب الأحمر وفقاً لطبعة عام 1999 والذي نشر في نوفمبر عام 1999 حيث قام بصياغة مادة بديلة لمادة 67 من الكتاب الاحمر بموجب هذا التعديل يتم تعين خبراء مستقلين محايدين أو خبير مستقل محايد في بداية العقد يطلع باستمرار على تقدم سير العمل وذلك خلال قيامه بزيارات منتظمة للموقع ومن ثم يكون متابعا دائماً للعمل وقادراً على حل المنازعات لحظة نشوئها .[491]

وأوضحت المادة 20 من الطبعة الجديدة من نموذج عقد الفيدك فيما يتعلق بكيفية تسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، حيث بينت كيفية لجوء المقاول إلى المطالبة بحقوقه كالزيادة في وقت الأعمال أو المطالبة بمدفوعات إضافية و ذلك بإخطار المهندسين بمطالبة المقاول خلال 28 يوماً من علم المقاول بالحدث الذي الجأه الى المطالبة ، وعلى المهندس أن يرد على المطالبة خلال 42 يوم من تاريخ تسلمه المطالبة او خلال أي مدة يقترحها ويوافق عليها المقاول . [492]

ونظمت المادة المذكورة في فقرتها الثانية كيفية تعيين عمل مجلس فض المنازعات الذي حلت محل المهندس في الطبعة السابعة من حيث تشكل المجلس ومن واحد أو ثلاثة أعضاء مؤهلين ، فإذا لم يتم تحديد الأطراف لعددهم كانوا ثلاثة.

وإذا تكون المجلس من ثلاثة أعضاء فإن كل طرف يعين عضواً عنه ويستشير الأطراف الأعضاء في اختيار العضو الثالث الذي سيعين رئيساً للمجلس .

---

[490] القضية معروضة في د. محي الدين اسماعيل علم الدين _ مرجع سابق _ص291 الى ص299.

[491] د. محمد بدران _ **عقد الانشاءات في القانون المصري دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين** _ دار النهضة العربية _ 2001 _ص251.

[3] ترجمة الشرط 1\20 من عقود الفيدك _ د. مجدي عبد المجيد اسماعيل ، **عقود الاشغال العامة الدولية** _ رسالة دكتوراه _ عليه الحقوق _ جامعة القاهرة _ 2000 _ ص419 – ص321

على أنه اذا كان هناك قائمة مرشحة مشاراً إليها في العقد فإنه يتم اختيار الأعضاء من بين الأسماء الواردة فيها باستثناء أي شخص غير قادر أو غير راغب في قبول التعين كعضو في المجلس .[493]

وقد عالجت الفقرة 3 من المادة 20 الحالات التي لا يتم فيها الاتفاق على تشكيل المجلس أو بتعيين الشخص الثالث وكيفية تجديد مكافأة الحكام وقيمتها وكيفية وقتها .

حيث إن أخفق الطرفان في تعيين الشخص الثالث رئيس المجلس خلال مدة 42 يوماً فعندها تقوم جهة التعين أو الشخص الرسمي المسمى في الشروط الخاصة بناء على طلب أحد الفريقين بالتشاور مع الأطراف من أجل تعين الرئيس ويكون هذا التعين نهائياً.[494]

وفقاً لنص الفقرة 20/ 14 من هذه المادة يصدر المجلس قراره المسبب في خلال 48 يوماً من احالة النزاع اليه ، ويجب أن ينص على أنه صدر طبقاً لنص المادة 4\20 وهذا القرار ملزم للطرفين فور صدوره ما لم يتم مراجعته بصورة ودية أو عن طريق التحكيم ، وعلى المقاول الاستمرار في تنفيذ الأعمال

واذا لم يرتضى أي من الأطراف قرار المجلس يجب عليه اخطار الطرف الآخر بعدم الرضا خلال 28 يوماً واذا أخفق المجلس في اصداره قراره خلال 84 يوماً فإن أي من الأطراف وفي خلال 28 يوماً بعد تمام هذه المدة أن يرسل اخطاراً للطرف الآخر بعدم رضائه.

وفي كل الأحوال يجب أن ينص هذا الاخطار على أنه مرسل وفقاً لنص المادة 4\20 كما يجب أن ينص على موضوع النزاع وأسباب عدم الرضا.[495]

وإذا ما أعطى المجلس قراره لأي من الطرفين ولم يخطر أي منهم بعدم رضائه خلال 28 يوماً بعد تسلم قرار المجلس، فإن هذا القرار يصبح نهائياً وملزماً لكل من الطرفين، وقد نصت المادة 5\20 على إمكانية التسوية الودية في حالة الإخطار بعدم الرضا بقرار المجلس وذلك قبل البدء في التحكيم ، وبالتالي فإن لم يتفق على خلاف ذلك فإن التحكيم يمكن أن يبدأ في أو بعد اليوم السادس والخمسون بعد اليوم الذي تم فيه توجيه الاخطار بعدم الرضا عن قرار المجلس حتى لو تجري أي محاولة للتوصل الى تسوية ودية .

وقد نصت المادة 6\20 على أنه في حالة عدم الاتفاق مع قرار المجلس ، وفي حالة اذا لم يخطر أي من الأطراف بعدم رضائه وفقاً للمعيار المنصوص عليه في المادة 4\20 كان قرار المجلس نهائياً ملزماً واذا رفض الأطراف الامتثال لهذا القرار، فإن على الطرف الآخر إحالة النزاع للتحكيم وفقاً لنص المادة 6\20 أو لن تطبق نصوص الفقرتين 4،5 من ذات المادة .[496]

---

[493] ترجمة المادة 2\20 عقد الفيدك _ المهندس داوود ابوخلف _ مرجع سابق _2003 _ ص109

[494] ترجمةالمادة 3\20 عقد الفيدك _ المهندس داوود ابوخلف _ مرجع سابق _ 2003 _ ص110

[495] ترجمة المادة 4\20 من عقد الفيدك _ المهندس داوود ابوخلف _ مرجع سابق _ص111 –ص112

[496] ترجمة المادة 20/ 6 من عقد الفيدك _ د.محمد عبد المجيد اسماعيل _ مرجع سابق _ ص421 – ص423

وبالنظر إلى المادة 20 المذكورة سابقاً بكافة فقراتها فإننا نجد أن مجلس تسوية المنازعات على النحو المتقدم يقوم بدور كبير في فض المنازعات في عقود الأشغال الدولية، بشرط أن يكون محايداً ومستقلاً وأن يتضمن تشكيله عنصراً قانونياً فيا حبذا لو كان رئيساً للمجلس حتى يضمن تطبيق القانون بشكل سليم، وبذلك يتفادى جميع الانتقادات التي وجهت حول دور المهندس وسلطته في إطار المادة 67 في عقود الفيدك.

المطلب الرابع

دور التسوية والتوفيق في اعادة التوازن المالي للعقود الأشغال الدولية.

في هذا المطلب سوف نناقش التسوية الودية والتوفيق كأحد الوسائل في تسوية منازعات عقود الاشغال الدولية، ودورها في إعادة التوازن المالي للعقد وفق اللآتي :

الفرع الأول : التسوية الودية

يجوز لأطراف النزاع في أي مرحلة من مراحله اللجوء إلى التسوية الودية لحل الخلاف بينهم، وذلك بتوقيع وثيقة تتضمن اتفاقهم على إنهاء المنازعة بشكل ودي حتى أثناء بدء إجراءات التحكيم ، وهوما أقرته به المادة 32 من قواعد التحكيم والتسوية الودية للنزاعات الخاصة بغرفة التجارة الدولية، حيث نصت المادة على أنه إذا توصل الأطراف لتسوية ،يتم إثبات التسوية بعد إرسال الملف إلى هيئة التحكيم ،و يكون حكم صادر باتفاق الأطراف إذا طلب الأطراف ذلك ووافقت هيئة التحكيم، وهذا ما أكدت عليه المادة 5/20 من دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية والتي جاء فيها إذا صدر إشعار بعدم الرضى عن قرار مجلس فض المنازعات فإنه يتعين على الفريقين محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي قبل المباشرة بإجراءات التحكيم في أو بعد اليوم السادس والخمسين من تاريخ إرسال الإشعار بعدم الرضى حتى لو لم تتم. كما أجاز قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 محاولة لتسوية الخلاف بينهم وديا لأطراف النزاع إنهاءه بصورة ودية حتى أثناء مرحلة التحكيم ، حيث نصت المادة 39على أنه إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية ودية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبا إثبات بنود التسوية المتفق عليها أمام هيئة التحكيم، التي يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قرارا ، ويكون هذا القرار متضمنا شروط التسوية ويكتسب ما لأحكام المحكمين من الصبغة التنفيذية بعد اجراءات تصديقه، ومن الجدير بالملاحظة أن قانون التحكيم الأردني والفلسطيني لم يشترطا موافقة هيئة التحكيم على التسوية بل ألزمها بإصدار قرار يتضمن شروط التسوية وتنهي الإجراءات، وهذا بخلاف ما اخذت به غرفة التجارة الدولية في المادة 32 من قواعد التحكيم والتسوية الودية للنزاعات الخاصة حيث اشترطت موافقة هيئة التحكيم على التسوية حتى تأخذ شكل حكم صادر باتفاق الأطراف.

الفرع الثاني: التوفيق

يقصد بالتوفيق اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص أو أشخاص آخرين للفصل في نزاع قائم بينهم ، وقد عرفت المادة 3/1 من القانون النموذج للتوفيق التجاري الدولي التوفيق :"بأنه عملية يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين " الموفق " مساعدتهما في سعيهما الى التوصل الى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة." [497]

فالتوفيق وسيلة اختيارية يمكن اللجوء إليها لإنهاء النزاع بين طرفي العقد ، فهو يحتاج إلى تدخل طرف ثالث كوسيط بين الطرفين يساعدهم في الوصول إلى حلول وتسوية مقبولة من خلال اقتراحات يقبلها الطرفين فالشخص أو الأشخاص الذين قبلوا عملية التوفيق لا يصدرون أحكام أو قرارات تحسم النزاع كما هو الحال بالنسبة لهيئة التحكيم ، حيث تكون قراراتها ملزمة واجبة التنفيذ، فدورهم يقتصر على اقتراح الحلول على الطرفين بعيداً عن فكرة الخصومة ولهم الحرية الكاملة في قبول أو رفض هذه الاقتراحات[498] ويمكن لأطراف النزاع أن يفوضوا هيئة التحكيم بالصلح حيث تملك الهيئة في هذه الحالة إجراء الصلح بين الطرفين، وهو ما أخذت به المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني لعام 2000حيث نصت على ما يلي :" يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع." وكذلك أجازت المادة 36 /د من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001والتي جاء فيها يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون. والتوفيق نوعان فقد يكون اختياري عندما لا يكون طرفي النزاع ملزمين باللجوء إليه لحسم النزاع بينهم، وقد يكون إجباري عندما يكون أطراف النزاع ملزمين باللجوء إليه قبل اللجوء إلى الطرق الأخرى[499] .

---

[497] الحبشي ، مصطفى ، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية ، مرجع سابق ، ص 511.

[498] شرف الدين، أحمد ، دراسات في **منازعات العقود الدولية / عقود البناء** والتي الدولية ،مطبعة ابناء وهبة حسان ، القاهرة ، 1997، ص50

[499] الحداد ،د. حفيظة السيد ،**العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية** ، دار الفكر الجامعية ، الاسكندرية ،201، 2ر303.

أما بخصوص الفرق بين التوفيق والتحكيم فإنهما وسيلتين تهدفان إلى نتيجة واحدة وهي إنهاء النزاع بين الطرفين، إلا أنهما يختلفان في أن الحل التوفيقي لا يكون ملزما لأطراف النزاع بقبولهم له ، لأن إرادتهم لا تتجه إلى تفويض الموفق سلطة حسم بصورة نهائية وملزمة ، وانما فقط تتجه إرادتهم إلى اعطائه فرصة من أجل ايجاد حلول لإنهاء النزاع ، ولا يمكن تنفيذ هذا الحل الا بعد موافقة الأطراف. (500)

(500) الحداد ،د. حفيظة السيد ،**العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية** ، دار الفكر الجامعية ، الاسكندرية ،2001، ص 325 .

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة فقد توصلنا للنتائج والتوصيات التالية :

أولاً: النتائج .

1_ ان عقود الأشغال الدولية تمتاز بأنها ذات طبيعة قانونية متميزة وجديدة على فقه القانون العام . فهي ليست عقوداً ادارية تقليدية .وليست من انواع القانون الخاص ، وان تحديد دولية العقد يتم من خلال معيارين الاول معيار قانوني والثاني معيار اقتصادي .

2 _ اذا كانت فكرة التوازن المالي في العقد تستهدف الى الابقاء على طبيعة العقد على النحو الذي اتفق عليه المتعاقدان وقت ابرام العقد، فلذلك يعتبر حق المتعاقد في اعادة التوازن المالي للعقد حقاً اساسياً له ويمثل امتداداً طبيعياً لحقه الثابت والأصيل في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه

3 _ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد هي اساس نظريات التوازن المالي نظرية فعل الامير ونظرية الظروف الطارئة و نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة.

4_ المدة الطويلة التي يستغرقها تنفيذ العقود الادارية الدولية يجعلها عرضة للمخاطر بكافة انواعها سواء كانت المخاطر اقتصادية ام سياسية أو حتى تشريعة ـ الأمر الذي يتعين بموجبه على اطراف العقد ان يتحمل كل واحد منهم المخاطر التي نشأت من جانبه وأن يكون قادرا فنياً وماديا للسيطرة على هذه المخاطر والتوازن المالي للعقد ما هي الاطريقة حسابية بين حقوق والتزامات طرفي التعاقد .

5 _ عقود الأشغال الدولية غالباً ما يتم اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بها ، وذلك نظرا لسرعة الفصل في هذه المنازعات، ولعدم ثقة المستثمر الأجنبي بالقضاء المحلي، هذا الأمر يجعل هناك ندرة في أحكام المحاكم في هذه المجال وخصوصاً في الواقع الفلسطيني الذي يعتبر فيه القضاء حديثاً نسبياً بالنسبة للدول الاخرى .

6 _ كل طرف من أطراف عقد الاشغال الدولي ملزم أن يتحمل المخاطر التي نشأت من جانبه وأن يكون قادراً مادياً وفنياً على الخروج منها بأقل خسارة ممكنة وهذا يمكن تحقيقه من خلال التأمينات والضمانات التي يوفرها كل من طرفي العقد، الإ أن هذه التأمينات لا يمكنها ان تغطي جميع المخاطر وان وجدت مثل هذه التأمينات فإنها تكون مكلفة جداً ،الا أن التأمينات تعتبر الضمانة الأقوى من بين الضمان الاخرى في عقد الاشغال كونها لم تحدد بنسب مثل الكفالات من

قيمة الاشغال وفق ما تم ذكر ، كما انه تحفظ التوازن المالي للمشروع بتغطية جميع الخسارات التي من ان تلحق بالعقد نتيجة لأي حادث طارئ وغير محتمل ، الامر الذي يحافظ على المال العام ويحقق المصلحة العامة ويضمن استمرار المرفق العام .

7 _ ان استخدام الادارة لسلطتها الاستثنائية بموجب القواعد العامة للعقود الادارية سواء كان الاستخدام بالتعديل أو بإنهاء العقد الاداري بالإرادة المنفردة يجعل أحد طرفي العقد في مركز غير متعادل مع الطرف الاخر الأمر الذي يخل بالتوازن المالي للعقد ،

8 _على المتعاقد مع الادارة وان أصبح الالتزام مرهقاً بالنسبة له و أن يوفي بالتزاماته ولا يوقف التنفيذ استناداً الى حسن سير المرفق العام .

9 _ نظرية فعل الامير هي من النظريات التي تعيد للعقد الاداري توازنه المالي وتظهر صور نظرية فعل الامير في عدة مجالات يتمثل الاول في مجال الاوامر التغييرية والامر الثاني في زيادة التكاليف اما الثالث فيتمثل بالتغيير التشريعي ، مع الاخذ بعين الاعتبار بأن نظرية فعل الامير لا تطبق الا على الافعال التي تكون صادرة عن الجهة المتعاقدة فقط دون غيرها من جهات الادارة حتى يصار الى التعويض .

10_ نظرية الظروف الطارئة لا تقدم علاجا جذرياً يكفي للإعادة التوازن المالي للعقد بالصورة التي كان عليها وقت انعقاده؛ فهي لا تسمح للمتعاقد مع الادارة التحلل من التزاماته التي أصبحت مرهقةً له ، فضلا عن أنها تأتي بعلاج جزئي فلا يمكن للقاضي تعويض المتعاقد مع الادارة عن الأضرار التي لحقت به تعويضاً كاملاً ولا يملك أن يرد الإلتزام الذي أصبح مرهقاً على أصل ما كان عليه .

11 _إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وان كانت تهدف الى تعويض المتعاقد تعويضاً كاملا عن الخسارة المادية التي لحقت به الا ان تطبيقها قليل في الانظمة القضائية . حيث يكثر الخلط ما بين الصعوبة المالية والظرف الطارئ .

12- أجاز المشرع الأردني والعديد من التشريعات العربية والأجنبية للمحكم اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية في حال اتفاق أطراف التحكيم، إلا أن ذلك لا يمنع القضاء من استرداد هذه الصلاحية ونظر تلك الطلبات إذا ما رفض من وجه إليه القرار الوقتي تنفيذه.

13_ تشكل نظرية التوازن المالي محور عمل المحكم من خلال البحث عن إحقاق التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يتمكن من تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، فالمتعاقد لا يعنيه

انعكاسات الاستثمار وآثاره الإيجابية على الخطط الاقتصادية للدولة المتعاقد معها، بقدر ما تعنيه التوازنات بين المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها أثناء تنفيذ العقد والعائد المتوقع.

14_ التشعب والإسراف في سن التشريعات الناظمة للشأن الاقتصادي في الدولة عمومًا، وتلك المتعلقة بقضايا الاستثمار، التي توقع المستثمر بمخاطر البيروقراطية الإدارية وعدم ثبات واستقرار مركز المتعاقد نتيجة التغيرات التشريعية المتتالية.

15_ ارتباط نجاح أسلوب التحكيم في فض المنازعات بمدى تحقيقه التوازن المالي للعقد، حيث بات من الضروري تطوير التحكيم وبيان دور المحكم وتنظيم وتحديد نطاق عمله بدقة ووضوح.

16_ تضافرت عدة اعتبارات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدياد اللجوء إلى التحكيم في مجال العقود الإدارية ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد، والتي تعد الإدارة أحدهم، وتفضيله على القضاء العادي في الدول المختلفة في وقتنا الحاضر.

17_ أجاز المشرع الأردني الاتفاق على عرض النزاع المحتمل وقوعه على التحكيم وذلك إخلال بركن المحل في العقد أو الاتفاق، مما يعرض اتفاق التحكيم للبطلان.

18_ عادة ما يتم تضمين اتفاقيات التحكيم شرطًا يتيح لأطراف العقد إعادة النظر بشروط العقد ،و يعرف ذلك بشرط إعادة التفاوض الذي يسمح بمقتضاه بإعادة التوازن المالي للعقد بين أطرافه المتنازعة.

19_ يوجد خلاف فقهي حول مدى خضوع التدابير وتصرفات الادارة بالإرادة المنفردة التي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدي إلى إلحاق الضرر لاختصاص هيئة التحكيم من عدمه.

20_ يتصادف المحكم وهو بصدد نظر النزاعات العقدية تغيرات تشريعية تؤثر على سلطته أثناء تطبيق أحكام القانون على المنازعات المعروضة عليه، بحيث يحول ذلك دون قدرة أطراف التعاقد على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم.

21- يملك المحكم الشروع في تفسير بنود العقد من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك أحد، بهدف استخلاص المعنى الذي قصده أطراف التعاقد في ألفاظه ومبانيه، بحيث يخضع في ذلك للقواعد العامة المتبعة في تفسير الأعمال القانونية، مع التأكيد على أن التفسير الذي يجريه المحكم لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا في موضوع النزاع الخاضع للتحكيم المعروض عليه، بحيث يستخدمه كوسيلة لحسم هذا النزاع.

22- يستمد المحكم سلطة تعديل بنود العقد من إرادة أطرافه، ما لم يمنحه القانون الواجب التطبيق هذه السلطة، ويقتصر التعديل على موضوع النزاع المتفق عرضه على التحكيم وبين أطرافه ولا يعتداه لغيرهم مع تقيده بمبدأ المشروعية.

23- تمتد سلطة المحكم إلى إقرار التعويض المناسب بناءً على إجراءات يقوم بها كفيلة بإعادة التوازن المالي لصالح المتعاقد المتضرر باعتباره حقًا له، انطلاقًا من كون التعويض أحد المبادئ الثابتة في مجال العلاقات العقدية.

بناءً على ما تقدم توصلنا إلى الاقتراحات الآتية:

ثانيا : التوصيات

1. يتعين الاهتمام بصياغة عقود الأشغال الدولية واسناد هذه العملية الى خبراء قانونيين وفنيين ومهندسين واقتصاديين تتوافر في شأنهم الصفات العملية والعلمية التي تؤهلهم للقيام بهذه المهمة على خير وجه ، لأن صياغة عقود الأشغال الدولية على نحو متوازن هو حجر الزاوية للوصول الى تمام التنفيذ دون حدوث منازعات بشأن هذا العقد ، حيث أن هذه العقود ذات طبيعة خاصة ، ويكون العقد هو القانون الذي يحكمه في المنازعات .
2. يجب أن يتم تحديد جميع المخاطر التي ممكن ان تواجه تنفيذ العقد في صيغ عقود الاشغال الدولية ، وايجاد البدائل والحلول لها الامر الذي يوفر الوقت والجهد لتفيذه ، ويضمن سير المرفق العام بانتظام واضطراد دون الاخلال بالتوازن المالي للعقد ، كون هذه العقود تستغرق مددا طويلة في التنفيذ .
3. يجب وضع مفهوم موحد دولي لكل من المخاطر التي تواجه العقد لان الموضوع يتعلق بأطراف دولية وبالتالي فمن الاتفاق على مفهوم دولي يتم تحديد العناصر الأساسية والآثار المترتبة عليه يساعد بسرعة وسهولة حل النزاع المتعلق بالعقد ، على أن تكون الهيئات التي تحددها دولية .هذا يوفر الوقت والجهد على المتعاقدان ولضمان سير المرفق العام .
4. يجب على الاطراف اللجوء الى الوسائل البديلة لحل النزاعات في هذه العقود مثل التحكيم والواسطة وأن يتم تفعيل دور المؤسسات التحكمية في هذا المجال .
5. وضع ضوابط ومعايير تعين المحكم وهو بصدد تقدير التعويض المناسب للمتعاقد المتضرر.

6. توحيد التشريعات الناظمة للنشاط الاقتصادي في الدولة كمنظومة واحدة؛ لتسهيل الاطلاع عليها من قبل المستثمر والتخفيف من مخاطر البيروقراطية الإدارية.
7. النص على إخضاع العقود الإدارية عمومًا والعقود ذات الطابع الاستثماري خصوصًا للقواعد القانونية التي أبرمت في ظلها، لتحصينها من خطر التعرض لتأثيرات التغيرات التشريعية وعدم استقرارها في الدولة.
8. نظرًا لتعاظم دور التحكيم في الوقت الحاضر فإننا ندعو المشرع الفلسطيني إلى إعادة النظر بقانون التحكيم كليًا، وطبيعة دور المحكم خصوصًا، بما يتناسب والظروف الاستثمارية القائمة وجود مثل هذه العقود .
9. دعوة المشرع الفلسطيني إلى إضافة نص يمنح هيئة التحكيم صلاحية النظر في مشروعية التدابير والتصرفات الإدارية التي من شانها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدية إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد.

المراجع

- **المراجع العربية:**

اولا: الكتب

إبراهيم، أحمد، (1977)، **التحكيم الدولي الخاص**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

أبو العنين، محمد ماهر، (2011)، **القاضي الاداري وتطبيق قوانين الزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام مجلس الدولة حتى عام 2011**، الكتاب الثالث، دار أبو المجد للطباعة.

أبو الوفا، أحمد، (1988)، **التحكيم الاختياري والإجباري**، الإسكندرية: منشأة المعارف.

أحمد، عبد الكريم، (2004)، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية**، القاهرة: دار النهضة العربية.

أحمد، عبد الكريم، (2004)، **قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي**، القاهرة: دار النهضة العربية.

إسماعيل، محمد عبد المجيد، (2003)، **العقود الإدارية وعقود B.O.T**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

اسماعيل، محمد عبد المجيد، (2003)، **عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها**، منشوارت الحلبي الحقوقية.

اسماعيل، وائل محمد السيد، (2011)، **المشكلات القانونية لتي تثيرها عقود البوت B.O.T وما يمثلها**، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

اشتية، حمد، وآخرين، (2002)، **القروض الأجنبية ودورها في التنمية الاقتصادية في فلسطين**، ط2، بكدار.

اعاد، القيسي، محمود، (1998)، **الوجيز في القانون الاداري**، عمان: دار وائل للنشر .

امين، محمد سعيد، (1991)، **المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية**، دار الثقافة الجامعية.

البتلاوي، حازم، (1971)، النظرية النقدية، **مقدمة في دراسة الاقتصاد المجتمعي**، مطبوعات في قسم الكويت.

البحيصي، خالد، (د.ت)، **قواعد المالية العامة**، الطبعة1، غزة: مكتبة آفاق.

بدران، محمد، (2001)، **عقد الانشاءات في القانون المصري دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسيين** الاستشاريين القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

بدوي، محمد وديع، (1966)، **دراسات مالية في المالية العامة**، مصر: دار المعارف.

بركات، عبد الكريم صادق، (1982)، **المالية العامة**، عمان، الأردن: دار ومكتبة الجامعة للنشر والتوزيع.

بريري، محمود مختار، (2007)، **التحكيم التجاري الدولي**، ط3، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، القاهرة.

بسيم، عصام، (1984)، **الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الاخذه في النمو**، ط2، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

البشير، نصر الدين، (2007)، **غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسير المرفق العام**، دراسة مقارنة الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

البطاينة، عامر،(2009)، **دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

البنا، محمود عاطف، (2007)، **العقود الادارية**، ط 1، الإسكندرية: دار الفكر العربي.

توفيق، جميل احمد، (1984)، **اساسيات الادارة المالية**، بيروت، لبنان: دار النهضة العربية للطباعة والنشر.

جابر، جاد جابر، (1997)، **التحكيم في العقود الإدارية**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربي.

جابر، عبد الرؤوف، (2003)، **ضمانات المشروعات الانشائية العامة**، ط1، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

جعفر، مشيمش، (2009)، **التحكيم في العقود الإدارية**، بيروت، لبنان: منشورات زين الحقوقية.

جعفر، أنس، وجعفر، أشرف أنس، (2011)، **العقود الادارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون المناقصات والمزايدات ولائحة التنفيذية وفقا لآخر التعديلات 2010 مع دراسة لعقود B.O.T**، ط5، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

جمعة، أحمد محمود، **العقود الادارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998.**

حجازي، عبد الفتاح بيومي، (2008)، **عقود البوت BOT. في القانون المقارن**، القاهرة، مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات.

حجازي، محمد احمد، (1998)، **المحاسبة الحكومية والإدارة المالية العامة**، ط4، عمان، الأردن: المكتبة الوطنية.

الحداد، حفيظة السيد، (2001)، **العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية**، الإسكندرية: دار الفكر العربي.

الحريري، محمد فؤاد، (2001)، **تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيدك النموذجية**، القاهرة: دار النهضة العربية.

حشيش، عادل أحمد، (1979)، **أصول العقد المالي للاقتصاد العام**، دار المطبوعات الجامعية.

حفناوي، عبد الحميد محمد، (1987)، تاريخ **القانون المصري، دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني.**

حلمي، عمر، (1993)، **طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

الحلو، ماجد راغب، (2007)، **العقود الإدارية**، الإسكندرية، مصر: الدار الجامعية.

حماد، أكرم إبراهيم، (2005)، **الرقابة المالية في القطاع الحكومي**، عمان، الأردن: جهينة للنشر والتوزيع.

خلف، داود، (2003)، **الترجمة العربية للشروط العامة لعقد الفيدك النموذجية لعام 1999**، عمان، الأردن: جمعية المطابع التعاونية.

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2008)، **الاسس العامة في العقود الادارية**، المركز القومي للإصدارات القانونية.

خليفة، محمد سعد، (2004)، **عقد الاستشارة الهندسية**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

دسوقي، مجدي، (2004)، **اعداد المحكم الدولي وتطبيقات منصة التحكيم، في القضايا المالية والتجارية وقضايا الإنشاءات**، المركز الدولي للاستشارات الادارية والمالية.

راشد، سامية، (1984)، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، الكتاب الأول، بدون ذكر دار النشر والعاصمة.

الراوي، خالد رجب، (2002)، **نظرية التمويل الدولي**، الإسكندرية، مصر: دار المناهج للنشر والتوزيع، الإسكندرية

رمضان، زياد، (1997)، **اساسيات التحليل المالي في المنشآت التجارية والصناعية والخدماتية**، تحليل ومناقشة الميزانيات، الطبعة الرابعة، عمان، الأردن: دار وائل للنشر.

ساري، جورجي شفيق، (2004)، **المبادئ العامة للقانون الاداري ، الكتاب الثاني، القواعد القانونية للنشاط الاداري، المظاهر، الوسائل، الرقابة**، ط4، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

سامي، فوزي، (2010)، **التحكيم التجاري الدولي**، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

سعدي، عاطف، (2005)، **عقد التوريد الإداري**، ط1، القاهرة، مصر: دار الحريري.

سعيد، محمد حسين، (1998)، **الالتزامات العامة وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري**، القاهرة، مصر: دار الثقافة الجامعية.

سلامة، وهيب عباد، (2011)، **دروس في العقود الإدارية التوازن المالي وفكرة التعويض القائم على غير خطأ**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

السناري، محمد عبد العال، (د.ت)، **الضوابط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الادارية** ، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

السيد صاوي، أحمد، (2004)، **التحكيم طبقًا للقانون رقم 1994/27**، وأنظمة التحكيم الدولية، بدون ذكر دار النشر وعاصمتها.

السيد، حفيظة، (1997)، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم**، بيروت، لبنان: دار الفكر الجامعي.

السيد، محمد، (2003)، **طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به**، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي.

شحاته، محمد، (1993)، **النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

شرف الدين، أحمد، (1997)، **دراسات في منازعات العقود الدولية/ عقود البناء**، القاهرة، مصر: مطبعة ابناء وهبة حسان.

الشرقاوي، محمود سمير، (1992)، **العقود التجارية الدولية**، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

الشريف، عزيزة، (د.ت)، **دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت**، ط1، الكويت الكويت: مطبوعات جامعة الكويت.

شفير، محمد لبيب، (1975)، **علم المالية العامة**، القاهرة، مصر: مكتبة النهضة العربية.

الشلماني، حمد محمد حمد،(2007)، **امتيازات السلطة العامة في العقود الادارية**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

شنب، محمد لبيب، (1962)، **شرح احكام عقد الوكالة**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

الشهوان، هاشم علي، (2009)، **المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات**، عمان، الأردن: دار الثقافة.

الشواربي، عبد الحميد، (2002)، **عمليات البنوك**، مصر: نشأت المعارف للنشر،

صادق، هشام علي، (1995)، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، الإسكندرية، مصر: منشأة معارف الاسكندرية.

الصانوري، مهند، (2005)، **دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص**، عمان، الأردن: دار الثقافة.

الصدة، عبدالمنعم فرج، (1990)، **نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**،ج1، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

الطماوي، سلمان، (2008)، **الأسس العامة في العقود الإدارية**، دراسة مقارنة، ط5، الإسكندرية، مصر: دار الفكر العربي.

طه، مصطفى كمال، (2005)، **عمليات البنوك**، الإسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي.

عبد البديع، محمد صلاح، (2009)، **دور فكرة التوازن المالي في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام، (1989)، **أثر نظرية فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري**، دار الولاء للطبع والنشر.

عبد العال، حسين درويش، (1985)، **النظرية العامة في العقود الادارية**، ج2.

عبد المولى، علي محمد، (1991)، **الظروف التي تطرأ عند تنفيذ العقد الإداري**، القاهرة، مصر: منشورات مطبعة الطويجي.

عبد الرحمن، هدى محمد،(1997)، **دور المحكم في قضايا التحكيم**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

عطية، محمود رياض، (1969)، **موجز في المالية العامة**، القاهرة، مصر: دار المعارف.

عبد الهادي، بشار، (2005)، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**، ط1، عمان، الأردن: دار وائل للنشر.

عبد الوهاب، محمد رفعت، (2002)، **مبادئ وأحكام القانون الإداري**، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

عطا الله، محمد فكري، (2010)، **الرقابة على تنفيذ عقود الاشغال العامة**، دراسة مقارنة، القاهرة، جامعة القاهرة.

علي، ابراهيم محمد، (2003)، **أثار العقود الادارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحة التنفيذية**، ط2، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

عمر، حمدي علي، (2006)، **المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

عوض، (1991)، **عمليات البنوك الوجهة القانونية**، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي.

عوض، علي جمال الدين، (1991)، **خطابات الضمان المصرية**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي.

الغندور، احمد حسان، (1998)، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات**، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.

الفحام، علي عبد السلام، (1975)، **سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري دراسة مقارنة** ، اطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.

فودة، رأفت، (1994)، **دروس في القانون الاداري، العقود الإدارية والاموال العامة**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

فياض، ابراهيم طه، (1989)، **العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي المقارن**، الكويت: مكتبة الفلاح.

فياض، عبد المجيد، (1975)، نظرية الجزاءات في العقد الاداري، ط1، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي.

القيلوبي، سمحية، (2000)، **شرح قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 العقود التجارية وعمليات البنوك**، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

الكيلاني، محمود، (1992)، **عمليات البنوك**، الجزء الأول، الكفالات المصرفية، عمان، الأردن: دار الجيب للنشر.

الكيلاني، محمود، (2014)، **الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك**، مجلد 4، ط 1، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

مرقس، سليمان، (1971)، **الاثراء على حساب الغير من تقنيات البلاد العربية**، القسم الأول، الأحكام العامة، ط2، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية.

المصري، حازم بيومي، (2010)، **التوازن في العقد الاداري الدولي الفيدك، اليونتسرال دراسة مقارنة،** القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

مطاوع، أحمد حسان حافظ، (2007)، **التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات،** القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

منصور، محمد حسين، (2006)، **العقود الادارية،** الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة.

المهدي، نويه محمد الصادق، (د.ت)، **عقد التامين،** القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

نصار، جابر جاد، (2002)، **عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام،** القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

نصري، منصور، (2010)، **العقود الإدارية،** الطبعة الأولى، بيروت، لبنان: منشورات زين الحقوقية.

الهنداوي، فتوح، **(2015)، دور القاضي الإداري في اعادة التوازن المالي في العقود الادارية،** القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

الياقوت، خالد، (2004)، **التعليق على قانون التحكيم في التشريع الكويتي، ط1**

يوسف، سمير عثمان، (2009)، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الاداري،** ط1، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

ثانيا: الرسائل الجامعية

ابو صد، عماد أحمد، (1995)، **احكام خطابات الضمان المصرفية،** رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الاردنية، عمان، الاردن.

أبو مصطفى، محمد مصطفى، (2009)، **دور وأهمية التمويل الخارجي في تغطية العجز الدائم لموازنة السلطة الوطنية الفلسطينية،** رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة.

البناء، هيثم محمد، (2000)، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب الضمان**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة ال البيت، المفرق، الاردن.

الحبشي، مصطفى عبد المحسن إبراهيم، (2002)، **التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية دراسة مقارنة** ، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهر، القاهره، مصر.

الحسن، عيسى عبد القادر، (1997)، **التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهره، مصر.

الحمد، عوض الله شبيه، (1992)، **النظام القانوني لعقود انشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الاجنبية الخاصة مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية** أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة اسيوط، اسيوط، مصر.

الطفيري، مدلول حشاش، (2007)، **الاسس القانونية لعقود البوت في ظل القانون الأردني والقانون الكويتي، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الاردنية، عمان، الأردن.

المولى، علي محمد علي عبد، (1991)، **الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.

بدوي، ثروت، (1955)، **العقود الإدارية**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهره، مصر.

جبير، مطيع علي حمود، (2002)، **العقد الاداري بين التشريع والقضاء في اليمن**، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة القاهره، مصر.

جمعة، أيمن محمد، **آثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة الزقايق، مصر.

خالد، سعد راشد، (2008)، **أثر نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن.

عبده، منال حسان، (1995)، **الكفالات المصرفية**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الاردنية، عمان، الأردن.

عرب، سلامة فارس، (1988)، **وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية** ، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهره، مصر.

طرابلسي، عماد الدين، (2015)، **خطاب الضمان البنكي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاصدي مرياح ، ورقلة، الجزائر .

الفضالة، أسيل، (2000)، **التحكيم القضائي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الكويت، الكويت.

ثالثا: الابحاث المنشورة والمؤتمرات

أبو عمارة، محمد، (2003)، ديوان الفقه والتشريع، **مقالة منشورة في مجلة القانون والقضاء**، عدد12

أحمد، سيد، (2001)، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، **مجلة الحقوق**، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3.

أحمد شرف الدين، (1985)، مضمون بنود التحكيم وصياغاتها في العقود الدولية، **مجلة إدارة الفتوى والتشريع**، الكويت، العدد/5.

القبيلات، حمدي والشوابكة، براهيم كامل، (2009)، بحث بعنوان اثر أثر نظرية عمل الأمير في حفظ التوازن المالي لعقد الفيديك دراسة تحليلية وتطبيقية ، **المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية**، مجلد 1، عدد 2، الاردن .

الادريسي، مولاي الحسن، (2013)، دور القاضي الاداري في اعادة التوازن المالي للعقد ، بحث منشور في مجلة **الابحاث والدراسات القانونية**، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل النزاعات، مجلد ع2.

حتاملة، سليم سلامة، (2015)، دور التحكيم في اعادة التوازن المالي للعقد الاداري، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، الكويت، مجلد 39 ، عدد 33

الحسين، حسين (2008) التحكيم في العقود الإدارية، قدم إلى **مؤتمر التحكيم التجاري الدولي** المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول.

الدرديري، هاني، (2010)، التدابير الوقتية والتحفظية طبقًا لقانون التحكيم الأردني، بحث مقدم **للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم**، عمان، الأردن.

الراوي، مظفر، (2010)، سلطة المحكم في اتخاذ التدابير التحفظية والوقتية، **بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم**، عمان، الأردن،

الصادق، علي السيد، (2010)، التدابير التحفظية والمؤقتة، **بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم**، عمان، الأردن.

القشري، أحمد، (1965)، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، **المجلة المصرية للقانون الدولي**، المجلد21 .

القصبي، عصام، (2008)، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، بحث مقدم إلى **المؤتمر السنوي السادس عشر**، والمنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة..

النمشي، عجيل، (2003)، التحكيم والتحاكم في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم **للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث** المنعقدة في فرنسا.

أمر الله، برهان، (2010)، **القضاء ونظام التحكيم في المواد المدنية والتجارية**، مقدم إلى **المؤتمر الأول للاتحاد الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم**، عمان.

خليل، موسى، (2008)، التحكيم التجاري الدولي، المجلد الأول، **منشورات كلية الحقوق**، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

درادكة، لافي، امتداد شرط التحكيم إلى الغير، مقدم إلى **مؤتمر الاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم "بعنوان التحكيم من أجل استثمارات.**

رسلان، أنور، (1980)، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، **مجلة القانون والاقتصاد**، السنة 48 ، العددان 3، 4 .

شحاتة، محمد نور، (2006)، تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية بحث مقدم إلى **مؤتمر كليات الحقوق في الجامعات العربية**، المنعقد بالقاهرة.

شفيق، محسن، (1990)، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد والمنشآت الصناعية، محاضرة ألقيت **بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.**

عارف، ربحي أحمد، (2011)، خطابات الضمان في مقاولة الانشاءات الفيدك، **مجلة كلية التربية الأساسي**ة ، جامعة جرش العدد 76.

علوان، محمد يوسف، الاتجاهات الحديثة في العقود الاقتصادية، **مجلة نقابة المحامين الأردنية،** العددان الحادي عشر والثاني عشر، السنة الرابعة والعشرون، 1976- 1696

علي، رشا، (2009)، سلطة المحكم في ظل الأزمة المالية الراهنة، **مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث،** والمنعقد بجامعة المنصورة، مصر.

عواضة، حسن، (1973)، **المالية العامة، دراسات مقارنة،** بيروت، لبنان: دار النهضة العربية.

متري، موسى، (2009)، **التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول،** مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المجلد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية.

منصور، محمد وليد، (2009)، دستورية التحكيم، **منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء،** البيرة، فلسطين.

والي، فتحي، (1999)، سلطة المحكمين في إصدار الأحكام والأوامر الوقتية، منشور في **مجلة التحكيم التجاري الخليجي،** الصادرة عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي، العدد 13.

رابعا: احكام المحاكم

1) تمييز حقوق 98/1776، ، المنشور في عدد مجلة نقابة المحاميين الاردنيين لسنة 2000.
2) تمييز رقم 96/1522 المنشور في عدد مجلة نقابة المحاميين الاردنيين لسنة 1997.
3) تمييز رقم 98/2077 المنشور في عدد مجلة نقابة المحاميين الاردنيين لسنة 1999.
4) حكمها 144 ابريل 1960 ، مجموعة مجلس الدولة في خمسة عشر عاما .
5) حكمها الصادر في الطعن رقم 4669 لسنة 41 ق. ع ، جلسة 1997/11/25 .
6) حكم المحكمة الادارية الطلب الصادر بتاريخ 1969/12/12 ، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة ، مبدأ رقم 109.
7) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بتاريخ 1961/5/11 السنة 13.

8) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعن رقم 1223 لسنة 37 ق.ع ، جلسة 2/18 /1984

9) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعنين 549، 801 لسنة 35 ق. ع / جلسة 4/4/ 1993.

10) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في الطعن رقم 1590 لسنة 45 ق.ع ، جلسة 2002/1/15

11) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 767بتاريخ 1969/7/5

12) حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 562 لسنة 16 ق، جلسة 1978/4/15.

13) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1749 ، جلسة 1997/12/16 لسنة 37 ق.ع ،الموسوعة الادارية الحديثة ، ج 49،القاعدة 43 ،ص 177

14) حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم 2150 ،الصادر بتاريخ 1962/6/9.

15) حكم المحكمة الادارية المصرية العليا في الطعن رقم 567 لسنة 29 ق جلسة 1997/12/30 ، الموسوعة الادارية ، ج49،.

16) حكم المحكمة الادارية المصرية العليا في الطعن رقم 1749 لسنة 37 ق.ع ، جلسة 1997/12/16

17) حكم المحكمة الادارية المصرية العليا في القضية رقم 71 لسنة 17 ق.ع جلسة 12/20 / 1969، مجموعة المبادئ القانونية في ثلاث سنوات من 1966/10/1 ، 1969/9/30

18) حكم محكمة التنازع في 24أكتوبر سنة 1942، مجموعي سيري، سنة 1945، القسم الثالث.

19) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر بتاريخ 1960/7/14 السنة 11.

20) حكم محكمة القضاء الاداري في الطعن رقم 7892 جلسة 1957/1/20

21) قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/3

22) فتوى مجلس الدولة المصري ادارة الرأي 28 مايو سنة 1950، السنتان الرابعة والخامسة

23) محكمة التمييز الاردنية بهيئتها لحقوقية، قرار رقم 1979/117 ،مجلة نقابة المحاميين الأردنين، 1979.

24) محكمة القضاء الاداري، القضية 284 لسنة 8ق، س11

- **القوانين**

1. الأصول الموحدة لكفالات العقد النشرة 325 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 1987.
2. تعليمات عطاءات الاشغال الحكومية الأردني والصادر بتاريخ 71 لسنة 1978
3. القانون التجاري المصري رقم 17 لعام 1999.
4. القانون الفلسطيني رقم 6 لسنة 1999م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية

5. قانون المناقصات المصري
6. قانون الموازنة الاردني للسنة المالية 1999.
7. مشروع القانون المدني الفلسطيني.
8. مشروع قانون التجارة الفلسطيني .لعام 2003 .

- **الاتفاقيات الدولية**

1. اتفاقيات البحث عن البترول المبرمة بين جمهورية مصر العربية والشركات الاجنبية ومنها الاتفاقية المبرمة بين جمهورية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة ايدك كوايك وهيئة التمويل الدولية، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 18 تابع 5 في 1996/5/19 .
2. الاصول والاعراف الدولية الموحدة اليونسترال.

MEANS OF MAINTAINING THE FINANCIAL BALANCE IN THE CONTRACT OF INTERNATIONAL WORKS

By

Amani Azmi Taha Abu Rqoub

Supervisor

Dr.Mosleh Sarayreh, prof

ABSTRACT

The study dealt with the means of maintaining the financial balance in the contracts of international works, where it became clear the role played by public works contracts in the field of comprehensive development of countries, and what contribute to the national output and economic renaissance, considering the study of international works contracts and related provisions and the resulting Of the new disputes on the reality of the Palestinian and developing countries, and the disputes in these contracts are mostly the imbalance of the financial contract, as it is known that one of the parties to these contracts is the administration, which has extraordinary powers in the face of the contractor, , And the termination of the contract is cold individually, during which the administration may exceed the limits of its powers, and may occur emergency events and exceptional beyond the will of the contractors may lead to breach of financial strength of the contract.

Therefore, this study has dealt with how to maintain this balance, and the means by which to save and restore this balance of the contract. Whether this imbalance is the result of mismanagement by the administration of its authorities or because of exceptional circumstances.

The study concluded with a number of conclusions and recommendations, which were the most important means of preserving the financial balance of the contracts of international works, whether financial or non-financial, and found that the most important financial means are insurance. The study also reached

the great role played by arbitration in rebalancing the financial contracts of international works , Which requires attention to these contracts in terms of wording, and the provisions of the Convention, and the applicable law, and the ways to resolve disputes in such a way that can maintain the financial balance of .the contract

The study concluded with a number of conclusions and recommendations, which were the most important means of preserving the financial balance of the contracts of international works, whether financial or non-financial, and concluded that the most important financial means are insurance. The study also reached the great role played by arbitration in rebalancing the financial contracts of international works , Which requires attention to these contracts in terms of wording, and the provisions of the Convention, and the applicable law, and the ways to resolve disputes in such a way that can maintain the financial balance of the contract.